

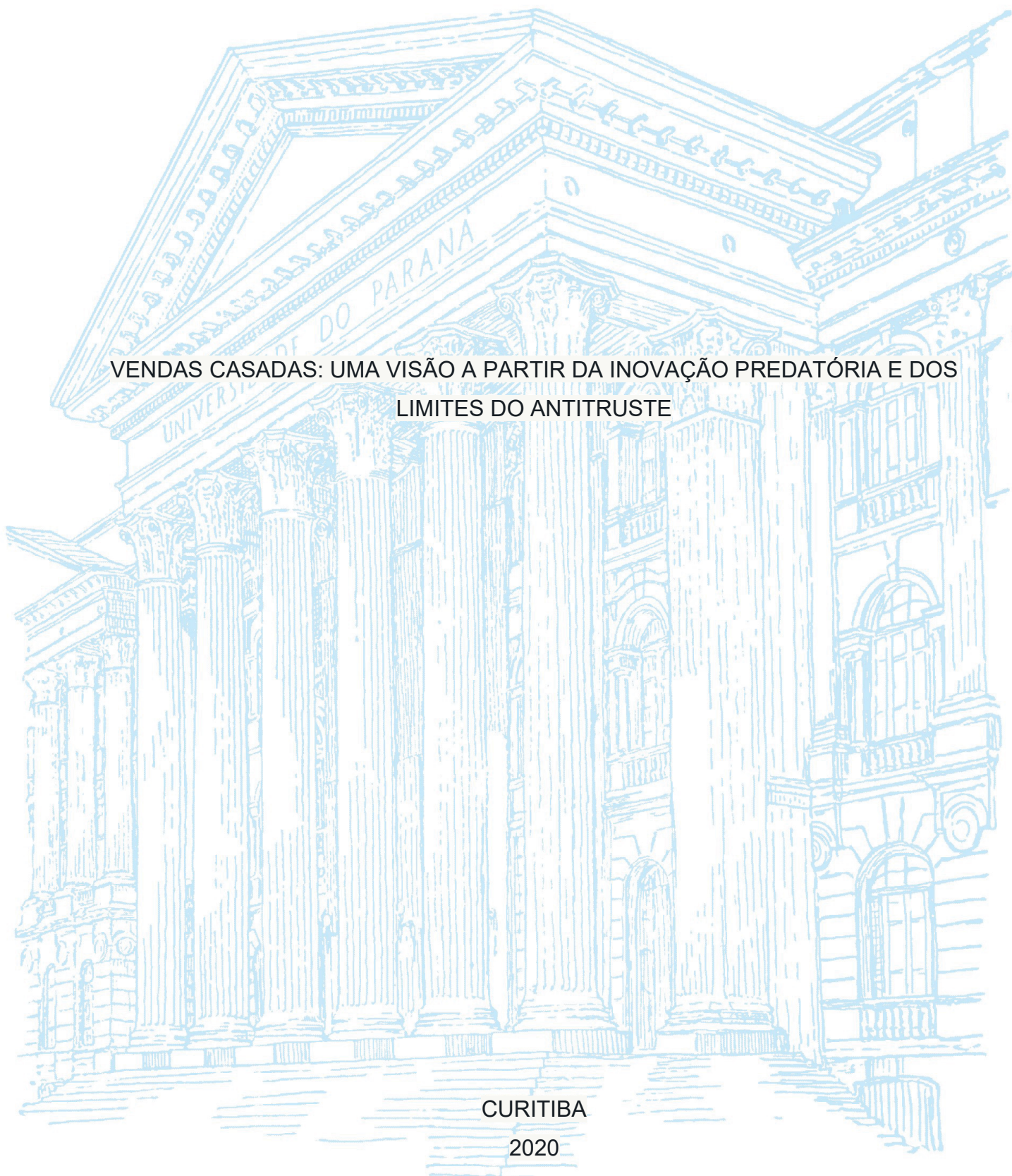
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VALESKA DA CUNHA CHRESTANI

VENDAS CASADAS: UMA VISÃO A PARTIR DA INOVAÇÃO PREDATÓRIA E DOS
LIMITES DO ANTITRUSTE

CURITIBA

2020



VALESKA DA CUNHA CHRESTANI

VENDAS CASADAS: UMA VISÃO A PARTIR DA INOVAÇÃO PREDATÓRIA E DOS
LIMITES DO ANTITRUSTE

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA
2020

C553v

Chrestani, Valeska da Cunha

Vendas casadas: uma visão a partir da inovação predatória e dos limites do antitruste [meio eletrônico] / Valeska da Cunha Chrestani. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro.

1. Direito antitruste. 2. Propriedade intelectual. 3. Inovação. I. Ribeiro, Márcia Carla Pereira. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.773

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **VALESKA DA CUNHA CHRESTANI** intitulada: **Inovação predatória e os limites do antitruste**, sob orientação da Profa. Dra. **MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO**, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa. A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 24 de Março de 2020.

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

MARCOS WACHOWICZ

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

Avaliador Externo (FACULDADES DE INDÚSTRIA)

ATA Nº85

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e quatro de março de dois mil e vinte às 10:15 horas, na sala REALIZADA ATRAVÉS DE ACESSO REMOTO, CONFORME PORTARIA 36/2020-CAPE, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **VALESKA DA CUNHA CHRESTANI**, intitulada: **Inovação predatória e os limites do antitruste**, sob orientação da Profa. Dra. **MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: **MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)**, **MARCOS WACHOWICZ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)**, **GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES (FACULDADES DE INDÚSTRIA)**. A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela Inovação. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, **MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO**, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 24 de Março de 2020.


MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)


MARCOS WACHOWICZ
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)


GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES
Avaliador Externo (FACULDADES DE INDÚSTRIA)

Obs: Alteração do título para "Vendas Corodas: uma visão a parha de inovação predatória e dos limites do Antitruste".

Ao meu querido avô Aristo.

AGRADECIMENTOS

Agradecer talvez seja uma tarefa mais desafiadora do que escrever a dissertação em si, não por mesquinhez ou ingratidão, mas pelo receio sempre presente de inadvertidamente se deixar alguém de fora por um capricho da memória. O que é um perigo real neste momento em que minha memória tem sua capacidade quase que inteiramente dedicada a armazenar os subsídios que alimentaram o presente trabalho.

De forma que, já me desculpando por qualquer esquecimento, começo por agradecer à minha família, especialmente aos meus pais, Lisiane e Adilson, e aos meus já falecidos avós, Neuza, Aristo, Jandira e Setembrino. Além do amor e suporte constante, a valorização da educação sempre esteve muito presente em nossa casa e sou imensamente grata por isso. Essa dissertação não teria sido possível sem cada um de vocês.

Aos meus irmãos, Júnior e Dayara, a quem invariavelmente recorro para averiguações matemáticas e para a leitura beta de projetos, artigos e outras aventuras acadêmicas cujos temas lhe são estranhos, mas com os quais eles estão sempre dispostos a ajudar com um grau bastante baixo de reclamação. Amo vocês.

Às minhas queridas Mariana, Cintia, Anaise, Marcela e Fernanda, e ao escritório fictício que a Santos Andrade reuniu, Kato, Costa, Cruz, Krummenauer e Maso. Minhas ausências nesse período de incubação para a dissertação foram recebidas por vocês com compreensão e carinho (sendo sincera, mesmo minha preguiça e introversão habituais são assim recebidas por vocês). Melhores amigas não há.

À Paula e Carolina, pelo incentivo constante e almoços sempre divertidos. À Mariana e Letícia, que provavelmente não aguentavam mais me ouvir falar do mestrado desde a época do processo seletivo para ingresso, mas que foram muito graciosas a esse respeito (e deram muitas risadas comigo). Sou uma pessoa de sorte por ter trabalhado com essas e muitos outros profissionais incríveis, que contribuíram sobremaneira para a minha formação ao longo dos anos.

À UFPR, minha alma mater, e ao corpo docente do Setor de Ciências Jurídicas desta instituição. Sou extremamente grata por ter tido a oportunidade de frequentar os corredores da Santos Andrade por duas vezes e por ter visto de perto a importância do ensino público, gratuito e de qualidade.

Agradeço ao GEDAI – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da UFPR, em cujos quadros pesquisei desde 2016 e onde meu interesse pela intersecção entre o Antitruste e a Propriedade Intelectual, e mais particularmente pela inovação predatória, nasceu.

Por fim, agradeço à minha orientadora, a professora Márcia Carla, que ainda no ano de 2011 me abriu as portas para uma monitoria e despertou meu interesse em relação à Análise Econômica do Direito. Sou grata pelo papel fundamental que tem tido em meu desenvolvimento acadêmico desde então e pela generosidade em compartilhar seu conhecimento comigo.

*“Now, let me state the present rules.
The lawyer then went on,
These very simple guidelines
You can rely upon:
You're gouging on your prices if
You charge more than the rest.
But it's unfair competition
If you think you can charge less!
A second point that we would make
To help avoid confusion:
Don't try to charge the same amount!
That would be collusion.
You must compete - but not too much
For, if you do, you see
Then the market would be yours-
and that would be monopoly!”*

*- R.W. Grant
Tom Smith and His Incredible Bread Machine*

RESUMO

A inovação é, sob a tradição schumpeteriana, tida como força motriz do capitalismo, diretamente conectada ao crescimento econômico e ao desenvolvimento. Os incentivos aos agentes econômicos para que inovem estão condicionados às instituições existentes, entre elas o mercado e o Direito. Sobre a inovação influenciam em especial o regime jurídico da concorrência e da propriedade intelectual, os quais, não obstante a escolha de estratégias antagônicas, guardam certa complementariedade em seus objetivos. Embora a inovação seja geralmente eficiente e beneficie o consumidor, há casos em que o ato inventivo será utilizado como estratégia anticompetitiva para operar o fechamento do mercado e a exclusão de rivais. Tal conduta é denominada de inovação predatória e se materializa na integração tecnológica e nos redesenhos que geram incompatibilidade, espécies da qual a venda casada é gênero. A partir de um reconhecimento dos limites do Antitruste e da teoria econômica sobre a inovação que orienta sua aplicação, o objetivo da presente dissertação é propor filtros de análise para os casos de inovação predatória que, na eventualidade de erros de julgamento, favoreçam falsos negativos a falsos positivos e, assim, não arrefeçam a inovação. Por meio de uma revisão da doutrina e da jurisprudência norte-americana e brasileira, a conclusão é a de que, inexistente poder de mercado, potenciais efeitos anticompetitivos ou havendo preferência do consumidor, não há que se falar em inovação predatória. Caso não haja a preferência do consumidor ou inexistindo evidências determinantes neste sentido, deve-se analisar se a inovação representa uma melhoria em relação ao produto anterior, ainda que incremental. Se sim, novamente não há inovação predatória, embora em mercados de rede deva-se indagar ainda acerca da existência de alternativas aptas a produzir o mesmo efeito a igual custo, sem impor incompatibilidade. Somente superados estes filtros e não sendo possível concluir pela inexistência de inovação predatória é que se deve passar para uma análise pela regra da razão, que identifique a existência de eventuais eficiências e as sopesse com potenciais efeitos anticompetitivos. No esquema de análise proposto, a intenção do agente sempre será irrelevante, bem como a existência de direitos de propriedade intelectual ou a extensão e qualidade da inovação.

Palavras-chave: Antitruste; Propriedade intelectual; Inovação; Vendas Casadas; Inovação predatória.

ABSTRACT

Under the Schumpeterian tradition, innovation is seen as the driving force of capitalism and directly connected to economic growth and development. The incentives for economic agents to innovate are conditioned to the existing institutions, among which are the market and the law. Antitrust and Intellectual Property law exert a special influence over innovation. These areas of law hold a certain complementarity in its goals, while choosing opposing strategies to meet them. While innovation is usually efficient and benefits consumers, there are situations in which the inventive act will be used as an anticompetitive strategy to foreclose the market and exclude rivals. This conduct is known as predatory innovation and materializes itself in technological tie-ins and redesigns to create incompatibility, both of which are positioned within the larger group of tie-ins. By recognizing the limits of Antitrust and of the economic theory on innovation that supports its application, this master's thesis aims to propose a set of filters to analyze predatory innovation cases. In the event of errors of judgement and as to avoid eschewing innovation, these filters are designed to lean towards false negatives instead of false positives. Based on a review of existing literature and caselaw in the US and Brazil, the conclusion is that there's no predatory innovation in the absence of market power, potential anticompetitive effects or whenever there's consumer preference. In the event there's no consumer preference or enough evidence to assert so, one must analyze whether the innovation represents an improvement over the previous product, even if only incremental. If yes, there's no predatory innovation, although for network markets it's still necessary to question the availability of alternatives that may produce the same effect at equal cost, but without imposing any incompatibility. Only after overcoming these filters and in the event it's not possible to conclude for the inexistence of predatory innovation is that one must resort to the rule of reason to identify efficiencies and weight them against potential anticompetitive effects. Under the proposed parameters of analysis, the agent's intent, the existence of intellectual property rights and the extension or quality of the innovation will always be irrelevant.

Keywords: Antitrust; Intellectual Property; Innovation; Tying arrangement; Predatory innovation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FLUXOGRAMA 1 - Proposta de esquema de análise para a inovação predatória... 159

LISTA DE SIGLAS

ANFAPE - Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

DGPI - Diretoria-Geral da Propriedade Industrial

DNPI - Departamento Nacional da Propriedade Industrial

DOJ – Department of Justice

FTC - Federal Trade Commission

GII - Global Innovation Index

INPI - Instituto Nacional da Propriedade intelectual

INSEAD - Institut Européen d'Administration des Affaires

ISO – Independent Service Provider

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

PLA – Product Listing Ads

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

TRIPS - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

USPTO – United States Patent and Trademark Office

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	INOVAÇÃO, MERCADO E DIREITO	20
2.1	A ALIANÇA ENTRE IDEIAS, CAPITAL E INSTITUIÇÕES	20
2.1.1	A inovação como objetivo – ou porque inovar importa	22
2.1.2	O mercado como arena	26
2.1.3	O Direito como as regras do jogo	28
2.2	DUAS FALHAS DE MERCADO, DUAS SOLUÇÕES JURÍDICAS	31
2.2.1	O problema do monopólio e o Antitruste.....	32
2.2.1.1	Surgimento e evolução da legislação concorrencial nos Estados Unidos e Brasil	34
2.2.1.2	Direito da Concorrência, bem-estar e desenvolvimento	40
2.2.2	O incentivo à inovação e a Propriedade Intelectual.....	43
2.2.2.1	Surgimento e evolução do regime de proteção à propriedade industrial e ao <i>software</i> no Brasil.....	46
2.2.2.2	Propriedade Intelectual, interesse social e desenvolvimento	49
2.3	A INTERSECÇÃO ENTRE O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INTELECTUAL	51
2.4	CONCLUSÃO PARCIAL.....	55
3	INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA	56
3.1	A NOVA ECONOMIA E SEUS DESAFIOS AO ANTITRUSTE	56
3.2	INCENTIVOS A INOVAÇÃO & ESTRUTURA DE MERCADO	62
3.2.1	Schumpeter e o poder de monopólio	62
3.2.2	Arrow e a concorrência	66
3.2.3	O estado atual do embate concentração <i>versus</i> inovação	68
3.3	CONCORRÊNCIA MULTIDIMENSIONAL	72
3.4	CONCENTRAÇÃO, MERCADO RELEVANTE & INOVAÇÃO	76
3.4.1	Mercado relevante, poder de mercado e o teste do monopolista hipotético	78
3.4.2	A introdução da inovação no conceito de mercado relevante e as análises de concentração.....	81
3.5	CONCLUSÃO PARCIAL	85
4	A DISCIPLINA TRADICIONAL DAS VENDAS CASADAS	87
4.1	VENDAS CASADAS, DIREITO DO CONSUMIDOR E ANTITRUSTE.....	87
4.2	ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DA ILICITUDE.....	91
4.2.1	Vinculação de dois produtos distintos.....	91
4.2.2	Coerção e poder de mercado	94
4.2.3	Dependência econômica	101
4.3.1	Alavancagem	105

4.3.2	Fechamento do mercado	109
4.3.3	Discriminação entre adquirentes	111
4.3.4	Outros potenciais efeitos anticompetitivos	112
4.4	JUSTIFICATIVAS E EFICIÊNCIAS.....	114
4.5	CONCLUSÃO PARCIAL	118
5	INOVAÇÃO PREDATÓRIA E ANÁLISE CONCORRENCIAL	120
5.1	DESMISTIFICANDO A INOVAÇÃO: TECNOLOGIA, PREDUÇÃO E VENDAS CASADAS	121
5.1.1	O modelo de Ordoover-Willig e as críticas da Escola de Chicago	124
5.1.2	A inovação predatória na contemporaneidade: indústrias de rede e interoperabilidade	130
5.2	A INOVAÇÃO PREDATÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA	134
5.2.1	A preferência dos consumidores e o caso Berkey Photo Inc. vs Eastman Kodak Co.....	135
5.2.2	A intenção e o caso CR Bard Inc. v. M3 Systems Inc.	137
5.2.3	O teste do produto único, a interoperabilidade e o caso United States v. Microsoft Corp. (Microsoft III)	140
5.2.4	A titularidade de patentes, melhoria do produto e o caso Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group.....	147
5.2.5	As dificuldades de se apurar a inovação predatória e o(s) caso(s) Google Shopping	151
5.3	OS LIMITES DO ANTITRUSTE	154
5.4	CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA INOVAÇÃO PREDATÓRIA	159
6	CONCLUSÃO.....	164
	REFERÊNCIAS	169

1 INTRODUÇÃO

A inovação, como uma ideia materializada que acrescenta algo de novo ao repositório de conhecimento e criações humanas, seja um produto, processo ou forma de organização, é um componente-chave do desenvolvimento. Se o tema tem ganhado cada vez mais destaque em função do rápido avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas, a relação entre inovação, crescimento econômico e desenvolvimento nada tem de novo, ainda que sua formulação nestes termos possa ser recente.

Das primeiras técnicas de irrigação ao desenvolvimento da cerâmica, do surgimento das viagens navais em busca de especiarias à revolução industrial, da corrida aeroespacial à indústria 4.0, a inovação é uma constante na história humana. O que muda são as características das indústrias atuais, o protagonismo assumido pela tecnologia — há, afinal, outras formas de inovação, e o passo, muito mais acelerado, experimentado pela atividade inventiva.

Compreender a inovação passa, em alguma medida, por compreender o mercado. Compreender o mercado, por sua vez, passa, como ensina a Nova Economia Institucional, por compreender as instituições que o conformam. O Direito, portanto, possui uma relação mais estreita com o entendimento da inovação do que se poderia presumir. Mais do que isso, pode desempenhar um importante papel instrumental na promoção da inovação, ou, ao menos, em seu não arrefecimento.

Nas suas faces de Propriedade Intelectual e Antitruste, por exemplo, o Direito terá um papel chave na configuração de um ambiente que não crie entraves ao ato de inovar e à disseminação dos produtos daí resultantes. A inovação é, afinal, meio para o atingimento de fins caros ao universo das duas disciplinas jurídicas: o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento. Ora em uma relação de complementariedade, ora em um conflito real ou aparente, a Propriedade Intelectual e o Antitruste promovem objetivos similares por caminhos opostos, respectivamente a criação de monopólios artificiais e a concorrência. Essa diferença de armas fica evidente nos casos de intersecção entre as duas disciplinas e traz desafios ao operador jurídico, especialmente quando questões atinentes à inovação estão em jogo.

Neste contexto, o primeiro capítulo da dissertação irá versar sobre a inovação, sua relação com o mercado e com o Direito, e, dentro do universo jurídico, com o

Antitruste e com a Propriedade Intelectual, incluindo as tensões que tal encontro pode guardar.

Os desafios da intersecção entre inovação e Direito aumentam de tamanho com as indústrias de alta tecnologia e a emergência da chamada Nova Economia, a qual, apesar do nome, não guarda relação com a Nova Economia Institucional. Nova Economia é a locução empregada para designar um conjunto de características próprias das indústrias de informática, telecomunicações e afins, muito diferente das características da indústria de manufatura tradicional que orientaram o pensamento econômico neoclássico. Características estas, inclusive, a partir das quais as teorias jurídicas acerca dos direitos de propriedade intelectual e do regime da concorrência foram erigidas e agora se encontram em potencial impasse.

Ao subverter os conceitos estabelecidos pela teoria econômica neoclássica, a Nova Economia obriga o intérprete jurídico a questionar se o Direito está apto a, com suas categorias e construções existentes, enfrentar os dilemas que as indústrias de alta tecnologia irão lhe apresentar, muitos versando sobre inovação.

Neste sentido, o segundo capítulo do trabalho é inaugurado com uma revisão dos desafios adicionais trazidos pela Nova Economia ao Antitruste. Na sequência, serão explorados os limites atuais da teoria econômica no que se refere a sua compreensão da inovação. A ênfase é na relação entre estrutura de mercado e inovação e na complexidade que a concorrência multidimensional oferece quando formas distintas de competição são confrontadas, sendo a inovação apenas uma delas. Feita tal revisão da literatura, será abordado o conceito de mercado de inovação, uma recente adição do Antitruste na análise de concentração em mercados de alta tecnologia e um bom exemplo de como as incertezas e insuficiências teóricas e empíricas demandam cautela, mas não devem implicar paralisia para o Direito.

Tal caminho crítico servirá como ferramenta à análise de se, não obstante o papel da inovação na promoção do desenvolvimento, poderiam existir inovações indesejáveis do ponto de vista do Direito da Concorrência. Criadas com o único intuito de aumentar as barreiras à entrada e os custos dos rivais, diminuindo de forma artificial o nível de competição por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual, tal fenômeno é denominado inovação predatória e ganhou notoriedade nos casos envolvendo a *Microsoft* nos Estados Unidos e União Europeia.

A inovação predatória tem sua manifestação habitual como integração tecnológica ou redesenhos que geram incompatibilidade, e, como tal, constitui nova

roupagem de um mecanismo tão discutido quanto controverso em pouco mais de um século de Antitruste: as vendas casadas. Por tal motivo, o terceiro capítulo desta dissertação será dedicado inteiramente à compreensão do fenômeno das vendas casadas, incluindo seu tratamento legal, elementos essenciais à caracterização de ilicitude, potenciais efeitos anticompetitivos e eficiências atribuídas à prática.

É tal base teórica que permitirá, enfim, a investigação da inovação predatória no quarto e último capítulo desse trabalho. Com base em larga medida na literatura e jurisprudência norte-americana, o quarto capítulo dessa dissertação irá percorrer os principais casos associados a tal prática. O objetivo é analisar os fatores que concorreram para eventual configuração de ilicitude, os efeitos anticompetitivos atribuídos e as justificativas e eficiências apresentadas, bem como a recepção de tais argumentos pelas autoridades e Cortes julgadoras.

Nesse ponto, é preciso esclarecer um recorte. Como exposto, será analisada a inovação predatória em suas modalidades mais usuais, que são a integração tecnológica e os redesenhos que geram incompatibilidade. Fica de fora, portanto, o *patent* ou *product hopping* da indústria farmacêutica. Também chamado de inovação predatória, o *product hopping* consiste na reformulação de medicamentos para estender o prazo das patentes e evitar a entrada de genéricos no mercado. Apesar de ser considerada por alguns uma predação por meio da inovação, trata-se de conduta com pouca similaridade com a integração tecnológica e os redesenhos que geram incompatibilidade. Ademais, persiste ainda um acirrado debate sobre o enquadramento do *product hopping* como matéria concorrencial ou estritamente regulatória, pelo que a opção foi por deixar tal conduta fora da presente investigação.

Além dos precedentes norte-americanos, a doutrina nacional e decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) serão igualmente lembradas, bem como ocasionalmente decisões de autoridades europeias. A opção por privilegiar os Estados Unidos na análise, contudo, é decorrência da influência histórica que o corpo normativo e jurisprudência norte-americanas têm tido sobre o legislador e autoridades concorrenciais brasileiras, não obstante tais países tivessem realidades distintas e motivações diferentes quando promulgaram suas primeiras leis sobre a matéria e sigam tendo-as nos dias atuais. Não só isso, mas ao passo que o Brasil tem somente um caso julgado envolvendo inovação predatória, ao menos sob estes termos, nos Estados Unidos há um número expressivo de precedentes, o que torna o

judiciário norte-americano terreno fértil para se extrair aprendizados a respeito do tema.

Finalmente, a ênfase dada ao longo deste trabalho à incerteza e incompletude das teorias econômicas sobre a inovação, bem como às dúvidas quanto a capacidade do jurista em operar tais teorias no caso concreto, retorna para encerrar esse trabalho. Inspirado pelo artigo de Frank H. Easterbrook intitulado “*Os limites do Antitruste*” e a partir da doutrina e jurisprudência existentes sobre inovação predatória, a seção final do quarto capítulo busca identificar possíveis critérios que poderiam guiar a análise destas condutas no caso concreto. Antes de desprezar os limites do saber em relação à economia da inovação, é no reconhecimento destes limites e dos riscos e custos de falsos positivos associados a ignorá-los que este trabalho se ancora.

A complexidade e incertezas associadas ao tema não podem justificar um Direito absolutamente inerte. Devem, contudo, informar um Antitruste que siga comprometido a, por intermédio da regulação e intervenção pontuais, gerar ganhos sociais que superem os custos do processo e de erros eventualmente cometidos. E, assim, que realize, ao invés de sabotar, os objetivos maiores que justificam a sua própria existência.

2 INOVAÇÃO, MERCADO E DIREITO

A inovação é, geralmente, vista em seus aspectos positivos, e são frequentes as discussões sobre formas de promovê-la no nível individual, empresarial ou até mesmo no contexto do desenvolvimento de países. Por esta razão e para que se possa discutir inovação predatória, é necessário, como primeiro passo, entender por que inovar importa e é um objetivo perseguido pelos mais diversos indivíduos e organizações – do empresário ao Estado.

Adicionalmente e sendo a inovação predatória uma discussão de cunho econômico-jurídico, uma vez que ocorre na seara do Direito da Concorrência, é preciso compreender como a inovação é condicionada pelo conjunto de regras que se materializam em instituições distintas, em especial o mercado e o Direito estatal.

A relação entre inovação e mercado será introduzida no presente capítulo, mas aprofundada posteriormente, quando for discutida a concentração, concorrência multidimensional e a inclusão da inovação como critério para a determinação do mercado relevante na análise concorrencial das estruturas.

É sobre a relação entre inovação e Direito, contudo, que a maior parte deste primeiro capítulo será dedicada, notadamente no que se refere às disciplinas do Direito da Concorrência e da Propriedade Intelectual. Afinal, a intersecção destes regimes jurídicos reside no núcleo de todas as discussões envolvendo inovação predatória, frequentemente como matéria de acusação e de defesa, respectivamente.

Configurações institucionais distintas podem promover ou frear a atividade inventiva – e o reconhecimento dessa implicação deve informar não apenas as escolhas legislativas, mas também aquelas feitas como parte da prestação jurisdicional. A compreensão pelo jurista de tais mecanismos de conformação, portanto, é essencial. Elucidá-los é o objetivo deste capítulo.

2.1 A ALIANÇA ENTRE IDEIAS, CAPITAL E INSTITUIÇÕES

Robert Cooter e Hans-Bernd Schäfer dirão que a inovação resulta de arranjos entre ideias e capital que permitam o surgimento da confiança¹, essencial para o

¹COOTER, Robert D.; SCHAFER, Hans Bernd. **O Nó de Salomão**: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações. Curitiba: CRV, 2017. p. 22.

sucesso de empreitadas que envolvam elevado nível de incerteza², como é o caso da atividade inventiva. Esses arranjos podem ocorrer pela via de acordos pontuais entre inventor e investidores, por exemplo, mas muitas vezes o custo atrelado ao desenvolvimento de negociações caso a caso será alto e a complexidade, grande, podendo fazer com que essas negociações deixem de acontecer. Como resultado, o nível de atividade inventiva igualmente irá cair.

O desenho de arranjos institucionais que esclareçam as regras do jogo de antemão podem contribuir para a formação da confiança necessária a um menor custo e com menos complexidade, uma vez que dispensam, ao menos em parte, a necessidade de negociações e acordos caso a caso. Ao reduzir custos e complexidade, tais arranjos alteram a estrutura de incentivos dos agentes para que inovem, estimulando a inovação.³

Portanto, compreender o processo de inovação, em especial as condições que incentivam seu surgimento e disseminação, passa pela compreensão do ambiente dentro do qual a inovação irá ocorrer.

A Nova Economia Institucional oferece ferramentas aptas a suportar tal tarefa, e ajuda a enxergar o papel a ser assumido pelo Direito em tais análises. Por meio dos trabalhos de Ronald Coase, Oliver Williamson, Douglass North e tantos outros, a Nova Economia Institucional introduz uma abordagem que privilegia uma análise das instituições como forma de se compreender a Economia.

Por instituições, é feita referência ao contexto, ao conjunto de regras, formais e informais, existentes nos campos social, político e legal.⁴ O mercado é uma instituição, assim como o Direito em suas diversas manifestações.

²“Os riscos (...) resultam da análise de grande número de eventos, e podem ser determinados com precisão, ao menos medidos por expectativas matemáticas (...). O termo incerteza – em oposição a risco – indica que tais parâmetro não estão disponíveis para guiar o empresário que considera uma possibilidade de inovação” (MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110 – 114).

³“O crescimento sustentável em países em desenvolvimento ocorre através das inovações nos mercados e nas organizações; a inovação traz consigo o problema da confiança entre inovadores com a ideia e financiadores com o capital, e as melhores soluções se encontram no direito. As leis fracas ou inexistentes, e aquelas que não possuem eficácia, podem perturbar a economia”. COOTER, Robert D. SCHAFER, Hans Bernd. Op cit., p. 22.

⁴Douglass North dirá que “a teoria neoclássica é simplesmente uma ferramenta inapropriada para analisar e prescrever políticas que induzam o desenvolvimento. Se preocupa com as operações do mercado, não em como os mercados se desenvolvem. (...) Contém duas acepções errôneas: (i) que as instituições não importam, e (ii) que o tempo não importa”. O autor segue, tratando especificamente das instituições: “(elas) formam a estrutura de incentivos da sociedade, e as instituições políticas e econômicas, como consequência, são as determinantes subjacentes do desempenho econômico. (...) Instituições são restrições criadas pelos homens que estruturam a interação humana. Elas são

A presente seção se iniciará com uma investigação sobre por que inovar importa e é um objetivo a ser perseguido na busca pelo desenvolvimento. Na sequência e valendo-se principalmente da Nova Economia Institucional, será introduzido o papel do mercado e do Direito como instituições aptas a influenciar a estrutura de incentivos dos agentes.

2.1.1 A inovação como objetivo – ou porque inovar importa

O economista austríaco Joseph Schumpeter ofereceu importante contribuição à teoria econômica quando, na década de 40, concluiu que o sistema capitalista é um método de transformação econômica por excelência, cuja válvula propulsora não reside precipuamente nos fatos da vida social e política em meio a qual ele transcorre (como guerras e revoluções, por exemplo), ou no aumento da população e no acúmulo de capital, mas antes nos ciclos de inovação.⁵ A ideia de inovação não se limita ao desenvolvimento de novas tecnologias, mas abrange também novos bens de consumo, métodos de produção, mercados e formas de organização industrial.⁶

Antes de Schumpeter, não obstante outros trabalhos flertassem com o tema da inovação, eles falharam em compreender a relevância do papel da atividade inventiva dentro do funcionamento dos mercados⁷, papel este, que, como postulou Schumpeter, é central ao funcionamento do sistema capitalista.

É neste contexto que nasce a expressão destruição criativa, cunhada pelo autor para designar o funcionamento dos ciclos de inovação. O surgimento de novos

compostas por restrições formais (ex: regulamentos, leis, a Constituição) ou informais (ex: normas de comportamento, convenções sociais, regras de conduta auto impostas), e suas regras de aplicação. Juntas elas definem a estrutura de incentivos da sociedade e, mais especificamente, da economia” (NORTH, Douglass C. *Economic Performance through Time*. In: **The American Economic Review**, vol. 84, n.3, 1994, p. 359-360, tradução livre).

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2017. p. 119.

⁶ Ibidem.

⁷ “Aderentes da economia clássica não consideram a inovação como um fator importante a contribuir para os processos econômico. Em comparação com outros fatores, como a terra, o capital ou o trabalho, a inovação era marginalizada. Adam Smith acreditava que a divisão do trabalho na economia era uma das forças a determinar a riqueza de uma nação. De acordo com Smith, o crescimento e aprofundamento da divisão do trabalho promove a criação de novas invenções e trabalhadores que conseguem focar em uma área restrita do processo produtivo tem mais chances de refletir em como melhorar o seu trabalho. Esses processos, de acordo com Smith, criam oportunidade para inovação e novidade. Contudo, Smith tratava a atividade inventiva como o resultado da curiosidade humana e focava sua atenção nos efeitos das atividades planejadas.” (LEMANOWICZ, Marzena. *Innovation in Economic Theory and the Development of Economic Thought*. In: **Oeconomia** 14 (4). Varsóvia: Warsaw University of Life Sciences Press, 2015, tradução livre).

bens, tecnologias e métodos perturba o *status quo*, suprime e destrói o padrão existente.⁸ Em seu lugar, o novo se consolida e assume posição hegemônica, transformando-se no padrão que, em um ciclo perene, será desbancado em algum momento futuro por outra inovação que venha a surgir. Este ponto será retomado no próximo capítulo, especialmente no que se refere às estruturas de mercado conducentes a e conduzidas pela inovação.

Não só a inovação reside no âmago do sistema capitalista, mas privilegiá-la importa porque, nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen, a inovação “proporciona uma maneira melhor de se fazer algo ou algo melhor para se fazer”.⁹ Na perspectiva de um negócio, inovar é uma forma de se ganhar mercado e prevalecer sobre a concorrência, seja por intermédio de melhorias que reduzam custos, da diferenciação de produto ou da introdução de uma tecnologia totalmente disruptiva. Disso decorrem benefícios aos consumidores na forma de preços mais baixos (a “maneira melhor”)¹⁰ e de mais possibilidade de escolha (a introdução de novos produtos e novas tecnologias, ou a “nova maneira”).¹¹

Essa não é, contudo, a única razão pela qual inovar é um objetivo a ser perseguido. Negócios e consumidores não são os únicos a se beneficiarem dos resultados da inovação. Hoje há extensa literatura e dados disponíveis para demonstrar que países inovadores geram mais riqueza e, como resultado, se desenvolvem mais.¹²

⁸ SCHUMPETER, Joseph A. Op cit., p. 120 et seq.

⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 131.

¹⁰ Há aqui uma premissa de que eventual economia do fabricante ou comerciante será repassada ao consumidor, o que é uma relação possível, mas não necessária, especialmente em situações nos quais exista poder de mercado.

¹¹ Dizer que a sociedade se beneficia dos processos de inovação e, geralmente, dos seus resultados não significa dizer que todas as inovações convêm ao bem comum. “Por exemplo, a energia atômica, a engenharia genética, ou o progresso com base em inovações em pesquisas com células-tronco – todos são campos disciplinares controvertidos em muitas sociedades. Compete ao legislador, no quadro da Constituição, a tarefa de definir o que a sociedade quer entender como bem comum. Eventualmente, ele (o legislador) deve tomar uma posição a favor ou contra uma inovação se as exigências do bem comum possam parecer promovidas ou ameaçadas pela inovação” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; COELHO, Alexandre Zavaglia (Orgs.). **Direito, inovação e tecnologia**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15.

¹² Para um apanhado compreensivo sobre a inovação como chave ao desenvolvimento social e econômico, construído a partir de fontes teóricas e empíricas diversas, sugere-se a leitura do guia Innovation Policy: A Guide for Developing Countries, elaborado pelo Banco Mundial (Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2460>. Acesso em 18 de maio de 2019).

É necessário destacar que, no sentido adotado pelo presente trabalho e consoante com o art. 3º, III da Constituição Federal¹³, por desenvolvimento se compreende não apenas o crescimento econômico, em seu aspecto quantitativo, mas também mudanças de cunho social com as quais esse crescimento possa contribuir, em seu aspecto qualitativo. As mudanças dependerão de políticas públicas específicas e abrangem o aumento da escolaridade, da mobilidade social e a distribuição de renda.¹⁴

A partir daí, um ciclo virtuoso se instaura, uma vez que o maior grau de educação da população que decorre do desenvolvimento e o excedente de capital obtido a partir da riqueza acumulada se combinarão para que mais inovação seja produzida¹⁵, culminando em uma relação sistêmica de reforço.

Não por acaso, dados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) apontam que países desenvolvidos e com alta renda são responsáveis por mais de 80% das patentes registradas em indústrias de tecnologia de ponta, sendo que 75% de tais depósitos se concentram em apenas seis nações: Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Reino Unido e Coreia do Sul.¹⁶ A China também tem demonstrado resultados expressivos, figurando no 1º lugar do *ranking* da OMPI em

¹³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴ Eros Grau dirá que a noção de desenvolvimento “supõe dinâmicas de mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 217-218).

¹⁵ Ray Kurzweil, um dos principais pensadores sobre o progresso tecnológico, dirá que “estamos dobrando a taxa de alteração do paradigma a cada década (...). Assim, o século XX estava lentamente acelerando para a atual taxa de progresso; suas realizações, então, equivaliam a cerca de vinte anos da taxa de progresso em 2000. Iremos progredir outros vinte anos em apenas catorze anos (2014), e depois fazer o mesmo de novo em apenas sete anos. Para expressar isso de outro modo, não vamos ter cem anos de avanço tecnológico no século XXI, iremos testemunhar um progresso na ordem de 20 mil anos (novamente quando medido pela taxa de progresso de hoje), ou cerca de mil vezes maior do que foi realizado no século XX”. (KURZWEIL, Ray. **A singularidade está próxima**. Edição de Kindle. São Paulo: Itaú Cultural e Editora Iluminuras, 2018. p. 465 – 488).

¹⁶ Os dados da OMPI abrangem o período de 1995 a 2001 e 2005 a 2011, e se concentram nas indústrias da aviação, robótica, impressão 3D, nanotecnologia, semicondutores e antibióticos. (**BREAKTHROUGH Innovation and Economic Performance**. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf. Acesso em 18 de maio de 2019).

número de depósitos de patente no ano de 2017. O Brasil aparece somente na 24ª posição.¹⁷

Conclusões similares no que se refere à relação entre inovação e desenvolvimento podem ser extraídas do *Global Innovation Index* (GII), publicado anualmente pela Universidade de Cornell em conjunto com o *Institut Européen d'Administration des Affaires* (INSEAD) e a OMPI. Com o objetivo de avaliar a capacidade para inovar e o nível da inovação em diversos países, o GIi analisa mais de 129 economias mundiais se valendo de 80 métricas, tais como número de patentes, volume de publicações científicas e citações, exportação de tecnologia, presença de empresas de alta e média tecnologia, entre diversas outras.¹⁸ Na sua última edição, o Brasil figurava na 64ª posição. O país perdeu mais de 17 posições entre 2011 e 2018.¹⁹

Apesar de seu desempenho preocupante, o Estado brasileiro assume um compromisso constitucional de promoção e incentivo à inovação, conforme art. 218 da Constituição Federal, que assim dispõe: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Além disso, assegura aos titulares de inventos ou criações industriais privilégio temporário na sua exploração, desde que dentro de um objetivo maior, atrelado ao interesse social e ao desenvolvimento do país, consoante o art. 5º, XXIX da Constituição Federal. Esta previsão será analisada com maior profundidade quando a finalidade do regime jurídico da Propriedade Intelectual for discutida ao longo deste capítulo.

Se inovar interessa e é um aliado ao desenvolvimento nacional, compreender as instituições que podem atuar sobre os incentivos dos agentes no processo de inovação importa. Entre estas instituições estão o mercado e o Direito.

¹⁷ Tais dados envolvem depósitos (e não patentes concedidas) realizados nacionalmente e no exterior durante 2017. Em relação ao fato da China figurar em primeiro lugar neste *ranking*, mas não aparecer no estudo *Breakthrough Innovation and Economic Performance*, referenciado na nota de rodapé acima, deve-se ressaltar que: (1) o período compreendido por ambos os levantamentos é distinto; e (2) o estudo *Breakthrough Innovation and Economic Performance* possui escopo limitado a seis indústrias de tecnologia de ponta pré-selecionadas. (**WORLD Intellectual Property Indicators 2018**. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018.pdf. Acesso em 18 de maio de 2019).

¹⁸ UNIVERSIDADE DE CORNELL. IANSED. OMPI. **The Global Innovation Index 2018**. Disponível em: <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2018-report#>. Acesso em 19 de julho de 2019).

¹⁹ Ibidem.

2.1.2 O mercado como arena

A troca, entendida como a transferência de um bem ou a prestação de um serviço mediante contrapartida, é uma das principais relações estabelecidas pelos seres humanos.²⁰ Os mercados, por sua vez, denotam situação na qual aqueles que tem bens ou serviços para oferecer buscam interessados em adquiri-los, e vice-versa. Sua grande vantagem em relação às trocas bilaterais é que o mercado, ao reunir múltiplos ofertantes e adquirentes simultaneamente, permite ao comprador se beneficiar de um maior acesso à informação, variedade e de um processo de concorrência que leve a preços mais baixos; enquanto o comerciante poderá se beneficiar da escala que decorre do grande número de compradores.²¹

Embora possível a utilização da terminologia mercado para um sem número de arranjos que envolvam a combinação de múltiplos ofertantes e adquirentes em um mesmo local na qual serão estabelecidas trocas, é de se notar que esta expressão assume contornos muito distintos em momentos históricos diferentes. Na idade média, por exemplo, as feiras estavam associadas a um alto grau de intervenção, que nada tem a ver com a ideia de mercado do liberalismo econômico. No liberalismo clássico, o mercado deixa de ser apenas lugar ou atividade, e passa a ser princípio da organização social.²²

O mercado, tal qual o veem os clássicos²³ e a teoria neoclássica²⁴, está intrinsecamente ligado à ideia de agentes que, munidos da livre iniciativa, agem com

²⁰ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Op cit., p. 89.

²¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op cit., p. 93.

²² “O mercado (...) ao final do século XVIII toma forma como projeto político e social e serve ao tipo de sociedade que os liberais desejavam instaurar. O mercado se desdobra: sem deixar de referir os lugares que designamos como mercado e feira, assume o caráter de ideia, logica que reagrupa uma série de atos, fatos e de objetos. Mercado deixa então de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um processo político, como princípio de organização social.” (GRAU, Eros Roberto. Op cit., p. 33).

²³ “É vulgarmente designada por Escola Clássica (...) a corrente de pensamento econômico que se desenvolveu na Inglaterra entre fins do séc. XVIII e meados do séc. XIX. (...) A Escola Clássica assentou basicamente a defesa da existência de um mecanismo natural que asseguraria sempre o equilíbrio da vida econômica e que, automaticamente, restabeleceria a ordem econômica porventura.” (AVELÂS NUNES, António José. **Uma introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 378). Para a Escola Clássica, portanto, a intervenção do Estado na esfera econômica era indesejada e um óbice ao crescimento. Dentre seus autores figuram Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo.

²⁴ Na economia neoclássica, “o ponto de partida passou a ser o comportamento humano (pelo menos uma interpretação estilizada de suas tendências econômicas). Com essa base, os escritores

vistas à autossatisfação e levam a um resultado social positivo ao regularem mutuamente seu comportamento. A noção de mercado está conectada aqui não somente à livre iniciativa, mas também à livre concorrência, que beneficia a população com maior volume de produção e menores preços.²⁵

Quando se trata de inovação, a pergunta que se coloca é como o mercado poderia influenciar positivamente o nível de incentivo à atividade inventiva. As teorias clássicas e neoclássicas não oferecem esta resposta, mas a Nova Economia Institucional pode indicar um caminho.

A Nova Economia Institucional diferencia-se das abordagens clássicas ou neoclássicas da troca porque enxerga na troca um caráter custoso.²⁶ Estes custos são os chamados custos de transação, que Oliver E. Williamson dirá serem o equivalente econômico ao atrito na física.²⁷ São os custos de se fazer negócios (*ex ante* e *ex post*), o que inclui, por exemplo, buscar informações, negociar e minutar um contrato, criar e manter operante estruturas de governança e monitorar o cumprimento das obrigações.²⁸

Neste sentido, Ronald H. Coase oferece uma definição alternativa aos mercados como instituições que existem para facilitar as trocas, ou, em outras palavras, para reduzir os custos atrelados a sua realização.²⁹ O mercado, portanto, auxilia a reduzir os custos de transação relacionados à busca de informação, à reunião dos agentes e à efetivação da troca.³⁰ Reduzir tais custos significa incentivar e ampliar o volume de transações realizado em um dado mercado.

Historicamente os mercados funcionavam principalmente como um local físico em que múltiplos comerciantes e compradores se reuniam, e, nestes casos, o proprietário do local de realização de tal reunião era responsável por estabelecer as

neoclássicos dirigiram a atenção para decisões tomadas por produtores e consumidores e para a análise de suas consequências." (BARBER, William J. **Uma história do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971. p. 157-160). A economia neoclássica se desenvolve nas décadas finais do séc. XIX e durante o século XX, e é hoje o modelo dominante de ensino da Economia.

²⁵ Ibid., p. 164-171.

²⁶ NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 53.

²⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985. p. 19.

²⁸ Ibid., p. 20-21.

²⁹ COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 7.

³⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op cit., p. 93.

regras que a governariam.³¹ Contudo, em determinado momento histórico os mercados se tornam mais sofisticados, e suas operações, mais complexas. Os locais de venda passam, por exemplo, a ser de propriedade de diferentes titulares, os quais igualmente possuem interesses distintos, sendo o varejo o melhor exemplo. Hoje em dia, inclusive, muitas vezes tais locais não são nem mesmo físicos — basta pensar no comércio virtual ou na compra e venda de ações, que pode ser realizada a partir de ordens dadas de um computador pessoal.³²

Nos casos de múltiplos estabelecimentos, titulares e interesses, pode ser difícil e custosa a administração de um sistema de regras de natureza privada para guiar as obrigações de seus agentes. Por esta razão, aqueles que operam em tais mercados muitas vezes se utilizam, ainda que não unicamente³³, de regras impostas e administradas por meio de um ente central, geralmente o Estado e as regras jurídicas estatais.³⁴ É neste sentido que Eros Grau dirá que o mercado é, mais do que uma instituição social, uma instituição jurídica, constituída pelo direito positivo do Estado moderno.³⁵ É preciso notar, contudo que ao utilizar a terminologia instituição, Eros Grau não se vale do sentido a ela conferido pela Nova Economia Institucional. Inclusive porque, sob a abordagem teórica da Nova Economia Institucional, o mercado seria uma organização, composta por instituições diversas.

2.1.3 O Direito como as regras do jogo

Natalino Irti dirá que a economia de mercado pode ser definida pelo trinômio artificialidade, juridicidade e historicidade. É artificial e dotada de juridicidade porque vinculada a escolhas políticas, as quais são expressas no Direito e vem a conformar a Economia — seja ela mercantil, liberal planificada ou qualquer outra forma que se

³¹ Por exemplo, nas feiras medievais “impunha-se (...) a obrigação dos vendedores de liquidarem as suas mercadorias antes do final da feira, (...) proibia-se aos compradores a aquisição de mercadorias acima da necessidade (...), bem como a compra para revenda. A desconfiança em relação aos comerciantes impunha a contratação de funcionários públicos para a efetuar a pesagem de suas mercadorias. (...) Talvez o mais importante desses controles fosse a fixação, por algumas cidades, do lucro máximo que determinada categoria poderia obter.” (FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49).

³² COASE, Ronald H. Op cit., p. 10.

³³ Especialmente se considerarmos o papel privilegiado que os usos e costumes, bem como a auto-regulamentação, os contratos e outras convenções privadas têm na esfera comercial, muitas vezes, inclusive, influenciando sobremaneira a própria criação do direito estatal.

³⁴ COASE, Ronald H. Op cit., p. 10.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. Op cit., p. 33.

entenda desejável. É dotada de historicidade porque o tempo importa e as estruturas são tão mutáveis quanto as decisões políticas que as erigiram ou sustentaram.³⁶

Inexiste, portanto, um naturalismo econômico do qual o Direito seja mera reprodução fiel. Inexiste uma realidade que lhe seja anterior e desgarrada, e que ao Direito caiba apenas refletir. O mais liberal dos mercados é composto por inúmeras instituições jurídicas, como o regime de propriedade e dos contratos, que orientam seu funcionamento.³⁷ Mais do que isso, é o próprio desenho institucional de um mercado que irá torná-lo liberal.

Alvin E. Roth afirma que “a maioria dos mercados (...) operam dentro de um espaço substancial entre a ‘mão invisível’ de Adam Smith e os planos quinquenais de Mai Tsé-Tung”.³⁸ Em outras palavras, ao se falar em mercado, costuma-se fazer referência a uma organização que difere do planejamento central, porque são os próprios participantes que determinam o resultado das trocas, e difere do *laissez-faire*, porque há regras pré-estabelecidas que conformam o comportamento dos agentes.³⁹

O desenho do mercado, portanto, possui relevância. O Direito estatal é uma das formas, embora não a única, de se efetivar este desenho. Para a Nova Economia Institucional, as instituições jurídicas emanadas do Estado e os contratos compõem o conjunto de restrições formais ao comportamento humano. Somadas às restrições informais, que são informações transmitidas pela sociedade e que compõem determinada cultura, o objetivo é reduzir os custos da interação humana.⁴⁰

Na perspectiva da Nova Economia Institucional, a estrutura jurídica vigente, composta pela lei, jurisprudência e acordos entre particulares, determinará as oportunidades de maximização de riqueza pelos agentes econômicos em determinada troca. As regras formais servem à promoção de certos tipos de troca, mas podem igualmente dissuadir outras que sejam consideradas socialmente indesejáveis. Douglass C. North lembra, por exemplo, que “leis de patentes e de segredos industriais se destinam a aumentar os custos daqueles tipos de trocas desfavoráveis à inovação”.⁴¹

³⁶ IRTI, Natalino. **L'ordini giuridico del mercato**. 4ª edição. Roma: Editori Laterza, 2003. p. v.

³⁷ IRTI, NATALINO. Op cit., p. vi.

³⁸ ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016. p. 17.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ NORTH, Douglass C. Op cit., p.69-70.

⁴¹ Ibid., p.88,

Promover a inovação significa criar um espaço de oportunidade em que ela possa florescer, isso é, erigir as estruturas de incentivo adequadas ao seu surgimento. As regras jurídicas compõem esta estrutura. A dificuldade está na criação de incentivos que favoreçam o auto interesse que orienta o comportamento do *homo economicus*, ao mesmo tempo em que auxiliam o alcance de benefícios sociais.⁴² Não é uma tarefa fácil e a colocação de incentivos positivos e negativos pelo Direito costuma ser feita com base em tentativa e erro. Os riscos do desconhecimento e da incerteza fazem parte do processo e precisam ser considerados pelo jurista.⁴³

No que diz respeito a inovações, especialmente aquelas disruptivas, fica a dúvida em relação a qual o momento ideal para a regulação pelo Direito. Robert D. Cooter dirá que as inovações ocorrem em maior velocidade quando o mercado lidera e o Direito segue, ou seja, quando a regulação ocorre após a inovação estar disponível no mercado. Para o autor, isso ocorre porque o Direito faz uso de informações públicas para a sua construção, e, como tal, só conseguirá formular respostas à inovação uma vez que elas estejam no mercado. Adicionalmente, o aprendizado em relação às mudanças nas normas impõe custos de transação adicionais aos negócios. Se o Direito constrói sobre práticas negociais existentes – desde que aceitáveis quando confrontadas com os outros valores que informam o ordenamento – os custos de transação para os negócios se adaptarem são inferiores.⁴⁴

Não se trata de conferir ao Direito um papel passivo, nem de afirmar que ele refletirá as leis do mercado, espontâneas e situadas fora da história. Trata-se, pelo contrário, de reconhecer que o tempo importa, por ser a dimensão em que o aprendizado humano leva às mudanças institucionais.⁴⁵ E que, nestes casos de inovações disruptivas, talvez primeiro seja necessário aprender.

Como coloca Alvin E. Roth,

(...) feliz é a nação que não proíbe o motor a vapor assim que ele é inventado, quando parece que ele pode por vezes explodir ou tirar o emprego dos trabalhadores honestos, mas antes que se torne claro de que forma esses motores vão levar a uma revolução industrial.⁴⁶

⁴² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Op cit., p. 21-22.

⁴³ Ibid., p. 27-28.

⁴⁴ COOTER, Robert D. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. In: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Orgs.). **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 33-34.

⁴⁵ NORTH, Douglass C. Op cit., p. 360.

⁴⁶ ROTH, Alvin E. Op cit., p. 258.

2.2 DUAS FALHAS DE MERCADO, DUAS SOLUÇÕES JURÍDICAS

O liberalismo do século XVIII uniu a ideia de mercado àquela de concorrência. Com a Revolução Industrial, o modelo de corporações e oficinas — e suas rígidas regras e controles, incluindo a necessidade de filiação para desempenho da atividade econômica — passa a ser substituído pelo das fábricas. A concorrência é tomada em “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith, como o ordenador natural do mercado ao lado da livre iniciativa.⁴⁷ A crença do período é na auto regulação dos mercados, que fariam a melhor alocação dos recursos existentes se deixados a sua própria sorte, precisamente em função da liberdade de iniciativa e da concorrência, que naturalmente iriam se instalar a partir daí.⁴⁸

Contudo, o mercado possui falhas, que, se não endereçadas, comprometem seu funcionamento e podem levar a sua autodestruição.⁴⁹ O Direito da Concorrência e da Propriedade Intelectual surgem, na sua dimensão econômica, como soluções jurídicas para remediar duas destas falhas: o monopólio e o poder de mercado, no caso do Antitruste, e o problema da propriedade intelectual como informação, no caso da Propriedade Intelectual.

Pela sua estreita relação com a inovação e com o principal objetivo do presente trabalho, o foco da presente seção repousará na compreensão da teoria

⁴⁷ “Na estrutura de seu sistema analítico, Smith poderia, com bastante coerência, se opor a muitas das práticas [mercantilistas] dos governos europeus. Mas não se seguia diretamente dessa parte da análise que um regime de laissez-faire levaria ao melhor dos mundos possíveis. Como ele mesmo reconheceu, interesses privados não-regulamentados – tanto quanto os governos – poderiam comportar-se de maneira a suprimir o progresso da riqueza. Como essa dificuldade deveria ser resolvida? A solução de Smith, apesar de parcialmente implícita em seus escritos, implicava dizer que o crescimento econômico e uma ordem competitiva reforçavam-se mutuamente. Sua oposição ao mercantilismo apoiava-se na suposição de que a concorrência maximizava o crescimento” (BARBER, William J. Op cit., p. 53). Ou, ainda, como dirá António José Avelãs Nunes, o “sistema smithiano” é “baseado na ideia de que qualquer indivíduo, desde que respeite as regras da justiça, é livre de lutar pelo seu próprio interesse, aplicando a sua ‘indústria’ e o seu capital na concorrência com os outros (...)” (AVELÃS NUNES, António José. Op cit., p. 385).

⁴⁸ “Muito de sua [de Adam Smith] mensagem prática era que restrições institucionais (sejam legisladas por governos ou enraizadas em tradições paroquiais) não eram saudáveis: elas limitavam a taxa em que uma nova e mais produtiva era industrial poderia amadurecer”. (BARBER, William J. Op cit., 1971 p. 26). E “como bom liberal, Adam Smith defende que o máximo de utilidade social se consegue quando a vida econômica decorre naturalmente, perseguindo cada um o seu próprio interesse. A vida econômica, assim entendida, é o fundamento da sociedade civil, o princípio da própria existência do estado, cujas funções devem restringir-se ao mínimo compatível com a sua capacidade para garantir a cada um e a todos, em condições de plena liberdade, o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender” (AVELÃS NUNES, António José. Op cit., p. 438).

⁴⁹ São falhas de mercado o monopólio e o poder de mercado, as externalidades, a existência de assimetrias informacionais graves e os bens públicos.

econômica fundante, do processo de desenvolvimento e dos objetivos do Direito da Concorrência e da Propriedade Intelectual.

É preciso ressaltar alguns recortes adotados nessa seção. Na discussão sobre Direito da Concorrência, optou-se por uma limitação temporal, que vai do final do século XIX até os dias atuais⁵⁰; e por outra geográfica, que engloba os Estados Unidos e o Brasil. No que se refere à Propriedade Intelectual, a opção é por um foco nos direitos de propriedade industrial, mais especificamente na patente e no desenho industrial, e nos programas de computador. Tal opção se justifica porque tais categorias guardam uma maior relação com os casos de inovação predatória.

2.2.1 O problema do monopólio e o Antitruste

Avançar na discussão sobre a promoção da concorrência e o papel do Antitruste na sua consecução implica compreender por que o monopólio e a concentração do poder econômico não são desejáveis. Isso dirige a investigação à economia neoclássica e seus postulados a respeito da formação de preços em mercados competitivos e monopolistas.

O monopolista tem o poder de, diferentemente do que ocorreria em um mercado competitivo, aumentar o preço de seus produtos ao mudar a quantidade que comercializa. Isso significa dizer que o monopolista poderá aumentar o preço de seus produtos simplesmente ao reduzir a produção, fazendo com que aqueles consumidores que valorizam mais o produto paguem mais. Isso causa não apenas um problema de transferência de riqueza (do consumidor, que paga um preço acima do nível competitivo pelo produto, ao monopolista), mas uma perda real de riqueza para a sociedade.⁵¹

⁵⁰ A opção temporal se justifica porque, embora seja possível encontrar preocupações com o mercado, o monopólio e a concorrência em outros tempos, como na antiguidade clássica ou no medievo (com a licença do uso de expressões modernas para denotar situações que não lhes correspondem com exatidão), seria um grande anacronismo partir deles para, de alguma forma, nos posicionar como herdeiros de uma tradição humana de preocupação com a competição que remonta a tempos imemoriais. Afinal, o contexto que orientou estas preocupações no passado foi bem distinto daquele do Estado liberal em período de industrialização, o qual, no final do século XIX, havia começado a sentir os efeitos perniciosos das grandes concentrações de poder econômico em determinados setores.

⁵¹ POSNER, Richard A. **Antitrust law**. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 9-14.

A primeira destas perdas está relacionada ao fato de que os consumidores que não tiverem condições de arcar com o preço supracompetitivo do produto do monopolista, migrarão para uma segunda melhor opção, causando uma ineficiência alocativa (*deadweight social loss*). A segunda melhor opção é ineficiente porque, embora pareça mais barata do que a primeira, só o é porque a primeira opção passou a um patamar supra competitivo de preço. Não fosse assim, a segunda opção teria sido a primeira opção do consumidor desde o começo. Dessa forma, embora pareça mais barata, a segunda opção, feitos os ajustes de qualidade *versus* a primeira, demanda mais recursos escassos para a sua produção.⁵²

Já a segunda perda se relaciona ao fato de que passarão a ocorrer ações do vendedor para monopolizar, um comportamento chamado de *rent seeking*, e do comprador para escapar do monopólio. Todas essas estratégias e contra estratégias demandam recursos e, como tal, estas ações implicam custos. É de se mencionar que embora o *rent seeking* do monopolista possa ser positivo, como no caso das inovações, sua outra face é a conduta anticompetitiva, como ocorre na predação. Neste caso, ainda se somam a estas perdas aquelas sofridas por outros competidores, eventualmente vítimas de ações anticompetitivas.⁵³

Estes são os motivos pelos quais, do ponto de vista econômico, os monopólios são geralmente vistos como prejudiciais. É importante pontuar ainda que, para além das implicações econômicas, a concentração de poder de mercado conduz a uma preocupação de ordem política, relacionada à captura dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário por grupos de interesse.⁵⁴

Compreendidos os efeitos econômicos do monopólio, cabe uma recapitulação do processo de implementação e evolução de legislação antitruste nos Estados

⁵² Ibidem.

⁵³ POSNER, Richard A. **Antitrust law**. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 9-14.

⁵⁴ “O fenômeno da captura pode ser compreendido como um processo, ou risco, de direcionamento das políticas regulatórias para o favorecimento de interesses particulares, (...) havendo um verdadeiro desvirtuamento dos objetivos da regulação diante da parcialidade do regulador. (...) Foi George Stigler quem apresentou uma das primeiras e maiores compreensões teóricas a respeito deste tema. (...) De acordo com a chamada ‘teoria do interesse público’, existem na regulação três atores: o regulador, os consumidores (cidadãos) e os grupos de interesse. São estes últimos que detêm maior organização e pró atividade na busca por políticas regulatórias que os beneficiem, dando em troca apoio financeiro ou outra forma de apoio aos políticos ou reguladores. Os consumidores, por sua vez, formam um grupo difuso, com baixa mobilidade e organização.” (DEMETERCO NETO. Antenor de Figueiredo. STRUECKER, Fernando Almeida. Teoria da Captura. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinícius (Orgs.). **Análise Econômica do Direito**: Justiça e Desenvolvimento. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 27-28).

Unidos e no Brasil, para que ao final e dentro deste contexto econômico e histórico, seja possível concluir qual é o papel e a finalidade da legislação concorrencial atualmente.

2.2.1.1 Surgimento e evolução da legislação concorrencial nos Estados Unidos e Brasil

O processo de industrialização pela qual os Estados Unidos passavam pós-guerra civil fez emergir diversas atividades que demandavam pesados investimentos de capital, tal como a construção e exploração de rodovias, a extração de petróleo, a siderurgia e até mesmo o estabelecimento de uma rede de serviços postais. A concentração de capital necessária a tais investimentos levou à formação de empreendimentos detentores de grandes fatias do mercado em determinados setores. Para driblar alegações de cartelização, os empreendimentos transferiam suas ações para *holdings* (os chamados trustes), que impunham uma administração comum aos negócios. Os trustes se transformavam, portanto, em grandes monopólios de ação coordenada, que muitas vezes chegavam a deter quase a integralidade do mercado.⁵⁵

Neste contexto, passou a haver grande pressão popular para que se freasse o poder econômico dos trustes e eventuais abusos a eles atribuídos, tal como a prática de preços de monopólio, a fraude a investidores com a diluição de suas ações, a corrupção de servidores públicos e a captura de legisladores.⁵⁶ É por este motivo, aliás, que o Direito da Concorrência é igualmente chamado de Antitruste, justamente no espírito de combate à formação e abuso do poder econômico pelos trustes.

Robert H. Bork, autor filiado à Escola de Chicago, popularizou nos anos 70 a ideia de que os congressistas à época da promulgação da primeira legislação concorrencial dos Estados Unidos tinham como principal preocupação a proteção ao consumidor e às ideias neoclássicas de competição, como maior produção e menores

⁵⁵ É de se notar que, primeiramente, estes agentes passaram a competir agressivamente entre si para atrair clientela, de forma que os negócios (na perspectiva das empresas) passaram a ser prejudicados pelos altos descontos e sacrifício dos lucros para concedê-los. A primeira solução para a qual estes agentes muitas vezes recorriam era a cartelização, contudo, um dos grandes problemas do cartel para seus participantes sempre foi a instabilidade e fragilidade de sua manutenção. Assim que a segunda solução encontrada foi a formação dos *trustes*, que adotavam uma estratégia e administração coordenada entre as empresas das quais era titular das ações. (FORGIONI, Paula. Op cit., p. 72).

⁵⁶ DILORENZO, Thomas J. The origins of Antitrust: an interest-group perspective. **International Review of Law and Economics**, 1985, vol. 5, n. 1, p. 76-77.

preço.⁵⁷ Hoje tal entendimento é questionado. Herbert Hovenkamp, por exemplo, pondera que a promulgação da primeira legislação concorrencial norte-americana possui uma história política mais dúbia. Segundo o autor, a lei foi, muito provavelmente, resultado de protecionismo aos pequenos negócios, que não haviam conseguido acompanhar a revolução tecnológica da época, e da captura do legislativo por grupos de interesse que se opunham à formação dos trustes.⁵⁸ Para além destes dois autores, contudo, há outras leituras possíveis dos motivos por trás da criação do *Sherman Act*.⁵⁹

Promulgado nos Estados Unidos em 1890, o *Sherman Act* tinha como objetivo declarado coibir acordos que pudessem limitar o comércio ou tentativas, ainda que unilaterais, de monopolização. Em 1914, houve a publicação do *Clayton Act*, que trata de fusões e de algumas práticas específicas entendidas como restritivas à concorrência, como as vendas casadas e a imposição de exclusividade. No mesmo ano, o *Federal Trade Commission Act* criou o *Federal Trade Commission (FTC)*, um dos órgãos responsáveis pela administração da legislação concorrencial, em conjunto com o *Department of Justice (DOJ)*.

O *Clayton Act* foi reformado pelo *Robinson-Patman Act* de 1936, o qual trata de discriminação de preço entre adquirentes, e pelo *Celler-Kefauver Act de 1950*, que trouxe novas normas acerca de fusões e aquisições, compondo, assim, o corpo da legislação concorrencial norte-americana. Tais normas permanecem vigentes até hoje, não obstante tenha havido significativas mudanças no entendimento das Cortes e autoridades em relação aos seus dispositivos.

⁵⁷ BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978 apud HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 31.

⁵⁸ O autor argumenta que, nos dez anos que antecederam a publicação da primeira legislação concorrencial norte-americana, os preços dos setores cujos *trustes* eram frequentemente lembrados, isso é, petróleo, açúcar, ferro, aço e as tarifas de ferrovias, haviam caído sensivelmente, enquanto que a produção havia aumentado (no caso do petróleo refinado, por exemplo, a produção quadruplicou e o preço cai 61% no período). Mais do que isso, no mesmo período o crescimento econômico dos Estados Unidos foi de 24%, tornando improvável que, de todos os momentos possíveis, este fosse o eleito pelo legislador para intervir na economia com o objetivo de proteger os consumidores de uma alta de preços. Além disso, o senador Sherman, responsável pelo projeto que deu origem ao *Sherman Act*, era apoiado por uma forte associação de pequenos produtores de petróleo, prejudicados pelos baixos custos e práticas anticompetitivas da *Standard Oil*. (HOVENKAMP, Herbert. Op cit., p. 41-42).

⁵⁹ Apenas a título de exemplo, Thomas J. Dilozenzo expressa ideia similar à de Herbert Hovenkamp; enquanto Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimes e Robert H. Lande, não obstante refutem que o legislador possuía uma preocupação neoclássica com eficiência, reconhecem a existência de uma preocupação com o consumidor, especialmente no que se refere à transferência de riqueza.

O Brasil, por sua vez, possui particularidades políticas, econômicas e sociais que precisam ser levadas em consideração ao se analisar o desenvolvimento do liberalismo, de uma política de industrialização e da legislação concorrencial no país.

É somente no século XX que se pode falar de um processo de industrialização ordenado no Brasil⁶⁰, e somente na Constituição de 1934 a liberdade econômica é contemplada expressamente pela primeira vez⁶¹, ainda que sob este diploma não tenha havido a promulgação de norma infraconstitucional antitruste. Já a Constituição de 1937 traz dispositivo relacionado à economia popular⁶², regulamentado pelo Decreto-lei 869 de 1938, este sim uma norma de cunho concorrencial⁶³. O Decreto-lei, contudo, não chegou a ter expressiva aplicabilidade.⁶⁴

Paula Forgioni diz ser digno de nota que a primeira legislação concorrencial brasileira, ao contrário da norte-americana, não possuía ligação direta com o liberalismo e com a tutela da liberdade de concorrência, mas antes com a proteção da economia popular e, logo, do consumidor.⁶⁵ Contudo, é preciso lembrar que não há um consenso em relação às motivações do legislador estado-unidense no contexto do *Sherman Act* que permitam uma comparação segura nestes termos.

Alguns anos depois, Agamemnon Magalhães, ministro do governo de Getúlio Vargas, capitaneou nova tentativa de implementar uma legislação antitruste no Brasil. A preocupação neste momento possuía matizes nacionalistas, pois o objetivo era frear o poder econômico derivado de capital estrangeiro que poderia gerar instabilidade e

⁶⁰ Seja pela política mercantilista portuguesa a que estava sujeito como colônia, seja pela competição posterior com produtos estrangeiros, a indústria brasileira só se instala no século XIX e se desenvolve com mais força em meados do século XX. (BAER, Werner. **A industrialização e o desenvolvimento econômico do Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966).

⁶¹ A menção ocorre em seu art. 115, que assim dispõe: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

⁶² Conforme redação de seu art. 141: “A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

⁶³ A título de exemplo, este Decreto-lei trata de imposição de preços de revenda, imposição de exclusividade, venda de mercadorias abaixo do preço de custo, acordos visando impedir ou dificultar a concorrência e retenção da produção com o fim de causar alta nos preços.

⁶⁴ “Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial, mas em um parecer do Consultor-Geral da República (...). A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os (seus) dispositivos (...)” (SHIEBER. Benjamin M. **Abusos do poder econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 6).

⁶⁵ FORGIONI, Paula. Op cit., p. 103.

prejudicar a soberania nacional.⁶⁶ Essa é outra particularidade da experiência brasileira se comparada à norte-americana: se aqui a preocupação era com o poder econômico estrangeiro, lá a preocupação era a própria indústria nacional, fortalecida no processo de desenvolvimento interno das forças de mercado.

A iniciativa de Agamemnon Magalhães culminou com a assinatura do Decreto-lei 7.666 de 1945, que ficou conhecido como “Lei Malaia”. O Decreto-lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com a função de averiguar, sancionar e autorizar determinadas práticas, e inovou ao passar a condenar certas condutas não apenas pela sua existência, mas pelos efeitos produzidos.⁶⁷ A vida do Decreto-lei, contudo, foi curta. Ele foi revogado após poucos meses de vigência, com o fim do governo de Vargas.

Pouco tempo depois, a Constituição Brasileira de 1946 introduz a determinação de repressão ao abuso do poder econômico⁶⁸, embora, contrariamente ao Decreto-lei 7.666 de 1945, trate-o pela finalidade do agente e não pelos efeitos da conduta. Somente em 1962 a disposição constitucional foi regulada infraconstitucionalmente. A Lei 4.137 daquele mesmo ano é baseada em um projeto de 1948 de autoria de Agamemnon Magalhães, no qual a influência do corpo normativo concorrencial norte americano é expressamente reconhecida.⁶⁹ O CADE volta a ser criado, mas permanece inoperante em função da baixa efetividade dessa

⁶⁶ Ibid., p.106.

⁶⁷ É o que se depreende de seu art. 1, I, que dispõem serem contrários aos interesses da economia nacional “os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; ou c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional”.

⁶⁸ Conforme seu art. 148, cuja redação indica que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

⁶⁹ Tal influência também ocorrera no Decreto-lei de 1938 e tornaria a se repetir em 1962. (SHIEBER. Benjamin M. Op cit., p. 17 et seq).

lei, até mesmo em função da política operada pelo governo federal à época⁷⁰ e das frequentes reformas de suas decisões pelo Poder Judiciário.⁷¹

Finalmente, com a redemocratização, a Constituição Federal de 1988 consagra uma ordem econômica fundada no trabalho e na livre iniciativa, observadas, entre outros princípios, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e reafirma a repressão ao abuso do poder econômico, consoante seus arts. 170 e 173, §4º:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)

art. 173 – (...)

§4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No ano de 1991, as ideias liberais e de abertura do mercado criam um ambiente propício para que se reiniciem os debates em torno de uma legislação concorrencial adequada ao momento do país.⁷² Surge assim a Medida Provisória 204 de 1990, convertida na Lei 8.158, a qual passa a vigor concomitantemente à Lei 4.137 de 1962. Contudo, tal instrumento se transformou rapidamente em arma do governo federal contra setores da economia convenientemente acusados de auferir “lucros abusivos”, caindo rapidamente em descrédito.⁷³

⁷⁰ “A política industrial predominante no pós-guerra era de proteção comercial e de coordenação das ações empresariais sob a tutela do Estado, que interferia em planos de investimento e, em diversos mercados, regulava o tipo de produto, a quantidade produzida e até o preço. Em outras palavras, à época da criação do CADE, a economia brasileira desenvolvia-se tendo por base a produção e a coordenação, e não a concorrência.” (AZEVEDO, Paulo Furquim. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

⁷¹ “Um dos principais problemas enfrentados na concretização das disposições da Lei 4.137 pelo CADE derivou da atuação do poder judiciário, agindo para salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente assegurados. Assim, a grande maioria das decisões do Conselho acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência do mandado de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa.” (FORGIONI, Paula. Op cit., p. 121).

⁷² “(...) o processo de reestruturação industrial que se seguiu à abertura de mercado e desregulamentação, na primeira metade dos anos 1990, colocou os problemas da concorrência na ordem do dia (...). Setores empresariais especialmente sensíveis a problemas concorrenciais, como a indústria siderúrgica e a petroquímica, que eram dominadas por empresas públicas, foram objeto de privatização no início dos anos 1990.” (AZEVEDO, Paulo Furquim. Op cit., p. 270).

⁷³ FORGIONI, Paula. Op cit., p. 125.

Em 1994, foi publicada, em substituição à Lei 4.137 de 1962 e à Lei 8.158 de 1990, a Lei 8.884, que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), do qual o CADE, agora como uma autarquia, passa a ser parte juntamente com duas secretárias, uma vinculada ao Ministério da Fazenda e outra ao Ministério da Justiça. Não sem percalços, com a Lei 8.884 de 1994 a legislação antitruste finalmente se consolida no Brasil, agora não mais com mero caráter formal, mas com eficácia material. A quantidade e qualidade das intervenções do CADE têm aumentado sensivelmente desde então, com a formação de uma linha contínua de atuação e a difusão de uma cultura de concorrência.⁷⁴

Em 2011, é publicada nova norma concorrencial infraconstitucional, em substituição à legislação de 1994. A Lei 12.529 de 2011, vigente atualmente, refina alguns instrumentos de sua antecessora, especialmente em relação aos atos de concentração, além de alterar a estrutura do SBDC. Mantém, porém, uma preocupação tanto com o objetivo quanto com os efeitos, reais ou potenciais, das condutas no mercado.

É interessante notar as diferenças nas razões que motivaram o processo de formação de uma legislação concorrencial nos Estados Unidos e no Brasil, bem como as diferenças no processo em si, as quais talvez denotem, em alguma medida, a disparidade entre o nível de maturidade de cada um destes mercados.

Mais do que isso, talvez elucidem porque, apesar de tais diferenças contextuais, as construções do antitruste norte-americano influenciaram e continuam influenciando o desenvolvimento do tema no Brasil, hoje em conjunto com o direito concorrencial comunitário europeu. Afinal, a legislação concorrencial nacional, apesar das tentativas feitas ao longo do século XX, permaneceu com baixa efetividade material até os anos 90, criando a necessidade de se buscar aprendizados em países nos quais a experiência antitruste foi mais longa e, ao menos por muitas décadas, mais bem-sucedida do que a brasileira.

Por outro lado, se o Brasil teve uma miríade de normas concorrenciais, no mesmo período os Estados Unidos vivenciaram mudanças substanciais de orientação

⁷⁴ Para um panorama geral sobre a atuação do CADE, dos eventos que levaram a sua formação até os dias atuais, incluindo desafios e expectativas para o futuro, vide o documento publicado pela própria autarquia em 2013, intitulado “Defesa da Concorrência no Brasil – 50 anos” (Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf. Acesso em 07 de julho de 2019).

das Cortes e autoridades em relação ao seu corpo normativo aparentemente estável. Tais mudanças foram motivadas principalmente por crenças distintas sobre a influência da estrutura na conduta dos agentes e no papel a ser desempenhado pela eficiência na análise, sendo a personificação destes contrapontos as chamadas Escola de Chicago e Escola de Harvard.⁷⁵

2.2.1.2 Direito da Concorrência, bem-estar e desenvolvimento

Fonte de grandes discussões doutrinárias ao longo do século XX, embora em menor intensidade nos seus últimos anos, reside na definição de qual o objetivo do Direito Concorrencial. A disciplina se volta à formação de monopólios e ao abuso de poder econômico, atuando tanto em termos de controle de estrutura quanto de conduta para coibir que a concorrência seja limitada ou falseada. Daí poderia se depreender que o objetivo do Direito Concorrencial é a preservação, como seu nome poderia sugerir, da própria concorrência.

Tal assertiva, leva, contudo, a dois questionamentos: (1) no que consistiria a concorrência e; (2) se seria ela protegida como fim último ou como meio para o atingimento de algum outro fim, e, neste caso, que outro fim ou fins.

⁷⁵ A Escola de Chicago passou a se desenvolver nos anos 50, a partir dos trabalhos de Aaron Director e Ronald Coase, e alguns de seus expoentes na área concorrencial são Robert H. Bork, Ward Bowman, Richard A. Posner e Frank H. Easterbrook. A partir da teoria econômica neoclássica, seus autores advogam que o mercado costuma corrigir suas imperfeições com mais acuracidade do que o Antitruste, e que a história das intervenções judiciais concorrenciais apresentou muitos erros, utilizando noções que do ponto de vista econômico não se sustentavam e levando à condenação de práticas benignas. Dessa forma, acreditam que as intervenções do Antitruste devem ser pontuais, que a teoria econômica deve ser seu único suporte e que a eficiência, com vistas à promoção do bem-estar do consumidor, deve ser seu fim último. Acreditam também que a competição efetiva pode demandar menos competidores do que se supunha, e possuem uma visão mais favorável às concentrações. Não obstante o pensamento da Escola de Chicago tenha revolucionado o Antitruste e tido uma influência duradoura e presente no seu manejo, sua crença exacerbada nos mecanismos do próprio mercado, tão neoclássicos que por vezes ignoram a assimetria informacional, os custos de troca, a dependência de caminho, as barreiras à entrada e a importância da escolha, demandam certa cautela na aplicação de sua teoria. A Escola de Harvard, por outro lado tem como representantes na área concorrencial Phillipe Areeda, Donald Turner e Lawrence A. Sullivan. Nasceu fortemente estruturalista, mas ao longo das décadas passou a caminhar mais proximamente à Escola de Chicago. O paradigma estrutura-conduta-performance com os quais os economistas de Harvard muito contribuíram, indicava que a estrutura do mercado ditava certas condutas e, como resultado, deveria haver um foco em impedir que estruturas anticompetitivas se formassem. Como resultado, Harvard se preocupava com a existência de barreiras à entrada e advogava por uma política de intervenção em concentrações mais enérgica. Esse foi o posicionamento dominante desta Escola entre os anos 30 e 60, mas a partir dos anos 70 ela abandonou o estruturalismo e passou a adotar uma posição mais próxima à de Chicago, embora, no geral, ainda defenda um grau maior de intervenção quando comparado à esta. Por este motivo, é preciso separar a Harvard geralmente mencionada como contraponto à Chicago da sua posição mais atual e moderada (HOVENKAMP, Herbert. Op cit., p. 32-39).

Quanto ao significado da concorrência, a legislação não a define, mas a teoria neoclássica frequentemente associa a concorrência à competição entre agentes econômicos, que levaria a uma maior produção e a preços mais baixos, os quais beneficiariam a sociedade.⁷⁶ Essa definição, contudo, deixa de lado outras importantes áreas em que os agentes econômicos podem concorrer, como nos esforços para inovar, no aumento da qualidade, na diferenciação de produtos e na reputação. Essa visão alargada da concorrência, próxima ao que se vê no mundo real, está mais alinhada à concepção adotada atualmente em termos de Antitruste.⁷⁷

A concorrência está atrelada à rivalidade em todas as suas diversas formas, mas não necessariamente se confunde com a existência de múltiplos pequenos agentes com baixo poder econômico em dado mercado, especialmente se forem ineficientes e sua manutenção se der às custas do consumidor. O que a legislação concorrencial busca garantir é a competição vigorosa, mas lícita, que invariavelmente vai resultar em perdedores.⁷⁸

Há uma preocupação com a existência de competidores, ainda que potenciais, não só porque eles contribuem para o processo vigoroso de concorrência, mas porque também garantem o direito de escolha do consumidor. Contudo, o Antitruste não se opõe ao ganho de poder econômico resultante do processo natural de concorrência, desde que tal concentração não ocorra de forma artificial ou por meio de condutas anticompetitivas.⁷⁹ Há mecanismos e políticas próprias para a promoção ao pequeno negócio, fora, contudo, do âmbito do Direito da Concorrência.⁸⁰

Em relação ao seu papel mediato ou imediato, a doutrina atual em larga medida reconhece a proteção à concorrência como instrumento para a promoção do

⁷⁶ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Op cit., p. 110–114.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ “Essa diferença entre a defesa da livre concorrência e a defesa da pequena empresa foi reconhecida pelo legislador nacional. Ao contrário dos outros interesses aqui mencionados, a proteção da pequena e média empresa, ainda que prevista na Constituição como princípio geral da ordem econômica (art 170, IX), não vem repetida na lei concorrencial.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial:** as estruturas. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p.38).

⁷⁹ A legislação brasileira faz reconhecimento expresso à licitude do poder de mercado adquirido pelo processo normal de concorrência, conforme art. 36, §1º da Lei 12.529/2011, que assim dispõe: § 1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. O inciso referenciado trata da dominação de mercado relevante de bens ou serviços, que será, portanto, lícita se fundada na maior eficiência dos agentes.

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., p. 37-39.

bem-estar do consumidor ou, de forma mais ampla, da sociedade como um todo.⁸¹ O que tal bem-estar significa já foi objeto de diversos debates⁸². A melhor resposta que se pode oferecer atualmente talvez seja a de que a noção engloba não somente ganhos de eficiência alocativa, como também a preservação do direito de escolha⁸³, que se relaciona ao tema das barreiras à entrada e do estímulo à inovação.⁸⁴

Este não precisa ser o único objetivo do Antitruste. O regime da concorrência europeu, por exemplo, possui o claro escopo de contribuir para a promoção da integração regional e criação de um mercado único, o que se traduz em um maior número de proibições absolutas, independentemente dos efeitos, do que nos Estados Unidos.⁸⁵ Não só isso, mas, na medida em que contribui para um mercado mais dinâmico e que incentiva as atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) com foco na inovação, o Antitruste está comprometido com um fim mais amplo de crescimento econômico e desenvolvimento nacional.⁸⁶

⁸¹ Sobre tal percepção a partir da doutrina norte-americana, “as principais ideologias antitruste são as Escolas de Chicago e Harvard, e a alternativa ‘pós-Chicago’. Embora tenha sido diferente no passado, hoje estas escolas não articulam objetivos distintos. De modo geral, todas concordam que o bem-estar do consumidor é o propósito máximo do Antitruste. As diferenças que ficam são como o Antitruste pode melhor atingir este objetivo.” (HOVENKAMP, Herbert. Op cit., p. 31 – tradução livre). E, no Brasil, “livre concorrência e proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação antitruste brasileira. (...) a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (...) leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. (...) Entre essa perspectiva e a defesa da livre concorrência não existe qualquer incompatibilidade. Existe, isso sim, uma relação de instrumentalidade.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., p. 36-37).

⁸² Um exemplo foi a concepção apregoada pela Escola de Chicago de que a eficiência alocativa (entendida como preços mais baixos e uma maior produção), e os benefícios que dela adviriam para o consumidor seriam o único e último fim do Antitruste. Essa preposição foi especialmente criticada por desconsiderar fatores como a inovação e a escolha.

⁸³Essa foi uma das contribuições da Escola Ordo-Liberal (ou Escola de Freiburg) em sua crítica à preocupação exclusiva da Escola de Chicago com a eficiência alocativa. Dirá Calixto Salomão Filho, ao comentar tal contribuição, que “fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda (...), mas que também exista efetiva pluralidade, real ou potencial, entre produtos com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc. A possibilidade de escolha assume, então, um valor em si mesmo.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., p. 28).

⁸⁴ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: an integrated handbook**. 2ª edição. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 12-17.

⁸⁵ LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade intelectual e direito da concorrência**: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 140 et seq.

⁸⁶ Neste sentido, muito se discute sobre em que medida a existência de um sistema concorrencial inspirado nas legislações norte-americanas ou europeias de fato são conducentes ao desenvolvimento em países como o Brasil. Os lados distintos desta discussão costumam ter por base uma visão mais ou menos liberal de condução da política econômica. Para uma abordagem discutindo a relação da concorrência com outras políticas públicas em países subdesenvolvidos, ver WEISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para países em desenvolvimento**. São Paulo, Aduaneiras, 2006.

Por estas razões, não obstante o Antitruste seja, ou deva ser, para que alcance seus melhores resultados, uma disciplina cujo grande norteador é a Economia⁸⁷, é necessário reconhecer que um componente político lhe é indissociável, como indissociável é de qualquer disciplina que se queira jurídica.⁸⁸

2.2.2 O incentivo à inovação e a Propriedade Intelectual

A expressão propriedade intelectual, ou propriedade imaterial, se refere às produções da inteligência humana e institutos correlatos, seja no domínio das artes e ciências, seja no campo da produção industrial.⁸⁹

A propriedade intelectual é gênero, dentro do qual se encontram as chamadas criações do espírito exteriorizadas e originais, que pertençam ao domínio das letras, artes ou ciências, as quais são protegidas pelos direitos autorais⁹⁰; e as marcas, patentes e desenhos industriais, protegidas pela disciplina da propriedade industrial. No âmbito da propriedade industrial, a marca identifica um negócio ou produto, guardando especial relação com a proteção do consumidor; enquanto a patente está relacionada a um invento industrial⁹¹, guardando, portanto, uma relação mais ampla com a inovação, tecnologia e o desenvolvimento. Já o desenho industrial é uma criação com valor estético utilitário⁹², isso é, um *design* inovador com aplicação industrial.

No Brasil, a opção legislativa foi situar os programas de computador (*softwares*) em um regime híbrido, aplicando-se a eles disposições de lei específica

⁸⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Op Cit.**, 2014, p. 267.

⁸⁸ PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 127, n. 4, 1979.

⁸⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 125.

⁹⁰ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 24.

⁹¹ Invento, por sua vez, “é uma solução técnica para um problema técnico, (...) sendo assim ao mesmo tempo útil e de cunho concreto”. Ele se distingue da invenção, que “é criação industrial maior, objeto da patente de invenção, à qual, tradicionalmente, se oferece prazo maior e mais amplidão de proteção. Assim, invento é termo genérico, do qual invenção é termo específico.” (BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual: Tomo II – Patentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 1105—1006). A distinção ocorre porque a patente pode ser, ao menos no Brasil, de dois tipos: invenção ou modelo de utilidade. Contudo, para fins do presente trabalho, os termos “invento” e “invenção” serão utilizados de forma intercambiável, no sentido comum e não-técnico, tendo em vista que a discussão entre tipos de patente é irrelevante ao objeto deste trabalho.

⁹² SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Desenho industrial**: abuso de direito no mercado de reposição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177.

conjuntamente àquelas do regime de direito autoral, não obstante os protestos de parte da doutrina que advoga ser o regime aplicável à propriedade industrial mais adequado.⁹³

A propriedade intelectual, em termos de teoria econômica, é considerada bem público porque tem as características de informação. Significa que, diferentemente de outros tipos de propriedade, a propriedade intelectual é um bem não-rival e não-exclusivo. Não-rival porque seu uso não consome o bem e, portanto, não impede que terceiros também o utilizem. Não-exclusivo porque, embora os investimentos (capital, tempo, esforço intelectual) sejam elevados, uma vez realizados é difícil ao inventor impedir que terceiros tenham acesso à sua invenção.⁹⁴

Em um cenário de livre mercado, sem qualquer intervenção estatal, tais características tornam os bens intelectuais de fácil apropriação e reprodução sem custo por terceiros, o que propicia o oportunismo por intermédio de comportamentos de carona (*free riders*). É precisamente aí que reside a falha de mercado da qual o regime jurídico da Propriedade Intelectual busca dar conta: o agente que se lançou nos riscos e incertezas da atividade inventiva e que nela investiu os mais variados recursos, perde o incentivo para realizar novos empreendimentos do tipo. A inovação ou as criações autorais, portanto, são prejudicadas porque desincentivadas pelo mercado, passando a ocorrer de forma tímida na hipótese de não garantia, pelo Direito, de exclusividade.⁹⁵

Tome-se o exemplo de um inventor de nova tecnologia. Os preços que este agente cobrará por sua invenção deverão, necessariamente, refletir os custos que ele suportou no processo de P&D e sua expectativa de lucratividade. O caroneiro, por sua vez, não tem custos de P&D para recuperar e poderá, portanto, ofertar a tecnologia a preços inferiores do que aqueles cobrados pelo seu inventor. Dessa forma, os agentes não seriam incentivados a inovar, uma vez que, não bastasse toda a incerteza e risco envolvido no próprio processo de P&D, mesmo caso chegassem a uma criação comercialmente explorável, não conseguiriam competir com o preço de caroneiros e, logo, recuperar seu investimento.

⁹³ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Op Cit., p. 35 et seq.

⁹⁴ BARBOSA, Denis Borges. Op cit., p. 1101.

⁹⁵ POSNER, Richard A. Intellectual Property: the Law and Economics approach. **Journal of Economic Perspectives**, vol. 19, n. 2, 2005, p. 58.

Com o objetivo de garantir o incentivo adequado à inovação, o regime jurídico da Propriedade Intelectual surge como um mecanismo para corrigir uma falha de mercado associada à dificuldade em se apropriar e a facilidade em se reproduzir informação. Para tanto, cria artificialmente escassez na forma de um monopólio legal⁹⁶, que permite ao seu inventor ou criador se apropriar do resultado de seu esforço intelectual e excluir outros de seu uso. Inventores e criadores tornam-se titulares de direitos de exploração exclusivos sobre o invento ou obra dentro de um território e por um período temporal limitado. São criadas assim as condições para que haja a recuperação do investimento realizado por tais agentes.⁹⁷

Nas últimas décadas, tem tomado força, contudo, discussões acerca de qual seria o nível ótimo de proteção à propriedade intelectual para estimular à inovação e à criação, especialmente em termos de tempo e amplitude da proteção. No limite, questiona-se inclusive se de fato tal proteção seria necessária.⁹⁸

O estímulo à atividade inventiva vem das recompensas que o agente pode auferir caso seu invento tenha sucesso e também da disponibilidade de um repositório de conhecimento prévio, a partir do qual se possa realizar inovações sequenciais.⁹⁹ Assim, uma proteção e fragmentação excessivas de direitos de propriedade intelectual aumentam os riscos da atividade de P&D e os custos de transação envolvidos na realização de buscas ou na negociação de licenças, agindo perversamente contra uma de suas finalidades e terminando por esmorecer a inovação. O excesso de fragmentação da propriedade é referido como “Tragédia dos Anticomuns”.¹⁰⁰

⁹⁶ A utilização da expressão “monopólio legal” é proposital, embora, como se verá adiante, não se confunda com a noção de monopólio no sentido econômico (o qual, ao longo do presente trabalho, será chamado apenas “monopólio”, em oposição ao termo “monopólio legal”, que denota a exclusividade conferida pelos direitos de propriedade legal). Fala-se em monopólio legal e não propriedade porque aquele guarda uma ideia de privilégio que tem em vista um interesse público, enquanto o termo propriedade tem historicamente estado vinculado a uma ideia de disposição condicionada somente ao livre arbítrio do indivíduo (BARBOSA, Denis Borges. **Why Intellectual Property may create competition problems**. 2007, p. 7. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1006085. Acesso em 12 de julho de 2019).

⁹⁷ BARBOSA, Claudio R. **Propriedade intelectual**: introdução à propriedade intelectual como informação. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 10-12.

⁹⁸ Para um panorama geral sobre outras formas de incentivo às atividades inventivas e criativas que não a concessão de um monopólio legal, ver POSNER, Richard A., Op cit.

⁹⁹ “A noção de inovação cumulativa, em que cada nova descoberta é alcançada a partir de descobertas anteriores, é central ao método científico. (...) Como colocado pelo Sir Isaac Newton, cada cientista ‘está parado sobre o ombro de gigantes’ para chegar a novas alturas.” (SHAPIRO, Carl. Navigating the patent ticket: cross licenses, patent pools and standard settings. In: **Innovation Policy and the Economy**, vol. 1, 2001, p. 119-120 – tradução livre).

¹⁰⁰ Garrett Hardin utilizou nos anos 60 a expressão “Tragédia dos Comuns” para demonstrar como bens públicos de uso comum tendiam à utilização excessiva e ao esgotamento, pela ausência de incentivos

Alguns autores questionam a necessidade efetiva do Direito assegurar um monopólio legal. Em setores nos quais ocorrem os chamados efeitos ou externalidades de rede (*network effect*)¹⁰¹, por exemplo, é objeto de discussão se as vantagens que determinado agente possui por ser o primeiro a se estabelecer não seriam por si só determinantes para seu sucesso e eventual dominância.¹⁰² Os setores com propriedade intelectual fraca, como a moda ou a culinária, por exemplo, são frequentemente lembrados como exemplos nos quais a imitação favorece, e não detém, a inovação.¹⁰³ Por outro lado e como se verá no próximo capítulo, algum grau de retorno supracompetitivo parece favorecer a atividade inventiva¹⁰⁴, pelo que a discussão ainda não oferece respostas definitivas.

2.2.2.1 Surgimento e evolução do regime de proteção à propriedade industrial e ao *software* no Brasil

Diferentemente do que ocorreu em termos de legislação antitruste, o Brasil foi uma das primeiras nações a regulamentar formalmente — ainda que de forma incipiente — um regime de privilégios baseado em direitos de propriedade intelectual. Em 28 de abril de 1809, o príncipe regente publicou alvará com o objetivo de conceder privilégio temporário ao introdutor de nova máquina ou responsável por “*invenção no*

a sua conservação. (HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, vol 162, 1968). Nos anos 90, Michael Heller e Rebecca Eisenberg cunharam a expressão alternativa “Tragédia dos Anticomuns” para indicar o risco de subutilização de recursos escassos detidos por múltiplos titulares que possam se bloquear mutuamente, levando a uma paralisia e ao uso ineficiente do recurso. O exemplo dado pelos autores foram os direitos de propriedade intelectual. (EISENBERG, Rebecca; HELLER, Michael A. Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. **Science**, vol 280, 1998).

¹⁰¹ A expressão faz referência a situação na qual há aumento da utilidade extraída pelo usuário de um produto ou serviço quanto maior for a base estabelecida de outros usuários deste produto ou serviço.

¹⁰² Para uma explicação mais detalhada sobre o chamado “*first mover advantage*”, ver SCHANZENBACH, Max. Network Effects an Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses and the case of US vs Microsoft. **Stanford Technology Law Review**, vol 4, 2002.

¹⁰³ Uma análise mais ampla do efeito (positivo) da imitação em mercados com baixa proteção de propriedade intelectual pode ser encontrado em RAUSTIALA, Kai; SPRINGMAN, Christopher. **The Knockoff Economy: how imitation sparks innovation**. New York: Oxford University Press, 2012.

¹⁰⁴ “Considerando que em um sistema econômico de trocas algum tipo de propriedade da tecnologia é inevitável, a patente parece oferecer a melhor relação custo/benefício.” (BARBOSA, Denis Borges. Op cit., p. 1767).

domínio das artes”¹⁰⁵, desde que apresentasse seu plano à Real Junta do Comércio.¹⁰⁶

Com D. Pedro I, em 28 de agosto de 1830 é estabelecida a primeira lei específica acerca da propriedade industrial que trata de forma expressa do melhoramento de invenções já existentes e concede prêmio àqueles que introduzissem em território nacional indústria estrangeira. Já o Decreto 2.682 de 1875 dispõe, pela primeira vez, sobre as marcas de fábrica e comércio para distinguir os produtos no mercado consumidor. Poucos anos depois, a Lei 3.229 de 1882 passou a distinguir os privilégios concedidos para invenções tidas como totalmente novas daquelas que constituíssem aperfeiçoamento.¹⁰⁷

Seguiram-se diversos Decretos e Decretos-lei até os anos 70, com destaque para o Decreto 16.264 de 1923, que criou a Diretoria-Geral da Propriedade Industrial (DGPI), extinta em 1931 e substituída pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial (DNPI) em 1933. A DGPI foi o primeiro órgão brasileiro a centralizar a concessão de privilégios de invenção e o processo de registro marcário, em um contexto no qual o aumento da industrialização brasileira justificava a necessidade de profissionalização e centralização destas atividades.¹⁰⁸

Em 1970, a Lei 5.648 criou o Instituto Nacional da Propriedade intelectual (INPI), autarquia que substituiu o DNPI como responsável pela execução das normas de Propriedade Intelectual e que subsiste até hoje. Em 1971, a Lei 5.772 traz o novo Código de Propriedade Industrial, com inovações importantes como a regulação dos contratos de transferência de tecnologia e a promulgação do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes. Algumas décadas depois, em 1992, o Decreto 635 ratifica a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Intelectual, abarcando a Revisão de Estocolmo, e, em 1994, o Decreto 1.355 faz o mesmo com Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).

¹⁰⁵ A expressão “inventor nas artes” é utilizada pelo alvará de 1809 e hoje causa estranhamento, uma vez que, contemporaneamente, ao se falar em artes se está no domínio da criação autoral e não da invenção. Contudo, mesmo nas Constituições de 1891, 1934 e 1946 - ressalvada, nesse ínterim, a de 1937 - havia menção a “autor” de invenção industrial, ainda que seu tratamento fosse distinto daquele de autor de obra literária, artística ou científica. Hoje para patentes a denominação utilizada é inventor.

¹⁰⁶ Precederam o Brasil apenas Veneza, Inglaterra, Estados Unidos e França. (SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 11).

¹⁰⁷ Ibidem, p. 13-14.

¹⁰⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (ABAPI). **Propriedade Industrial no Brasil: 50 anos de história**. 1998. Disponível em: <http://www.abapi.org.br/abapi2014/livros/abapi50anos0.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2019.

Finalmente, a Lei 9.279 de 1996, criada nos moldes do TRIPS, substituiu o Código de Propriedade Industrial até então vigente. Entre as mudanças introduzidas por esta legislação, o desenho industrial deixa de ser modalidade de patente e passa a ser objeto de registro, e a concessão de patentes de medicamento passa a ser permitida.

No que se refere ao *software*, tal categoria é regulada por um regime híbrido, composto atualmente pela lei de direitos autorais vigente (Lei 9.610/1998) e uma legislação específica (Lei 9.609/1998). Trata-se, pois, de uma espécie de terceiro gênero, que não se confunde com a propriedade industrial, nem com os direitos autorais. Esse regime híbrido já havia aparecido na Lei 7.646 de 1987, a primeira a versar sobre os *softwares* e que igualmente os subordinava à lei de direitos autorais vigente à época.

Não é possível, por fim, fazer um breve apanhado histórico acerca da legislação de propriedade industrial e do *software* no Brasil sem menção à Constituição Federal. Desde a Constituição de 1821 há previsão de proteção ao invento¹⁰⁹, gradualmente amadurecida nos diplomas que se seguiram. A Constituição Federal de 1988 expressamente prevê em seu art. 5º, XXVII e XXIX, que:

Art. 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

(...)

XXIX - A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;

A respeito da previsão constitucional, Denis Borges Barbosa dirá que o constituinte de 1988, ao optar por tratar de criações industriais para além de inventos,

¹⁰⁹ Conforme o art. 179, XXVI da Constituição de 1821: “Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização”.

abriu caminho para a proteção do *software* como parte de um regime industrial (de aplicabilidade prática e destinação econômica, portanto), ainda que distinto das patentes, uma vez que a invenção é referida à parte.¹¹⁰ É de se notar que a expressão “criação industrial” não era trazida pelas Constituições anteriores, que em termos de propriedade industrial se limitavam aos inventos e, a partir de determinado momento, às marcas.¹¹¹ O desenho industrial, por exemplo, figura nessa classificação de criação industrial, integrando o sistema de propriedade industrial, embora com um tratamento próprio e distinto das invenções e sua forma de proteção, as patentes. Teria sido mais lógico dentro de tal sistema, portanto, que o tratamento do *software* a nível infraconstitucional se fiasse no inciso XXIX (propriedade industrial), e não no XXVII (direitos autorais) do art. 5º da Constituição.

É digno de nota, por fim, que há uma instrumentalidade expressa no art. 5º, XXIX no que se refere aos inventos e criações industriais. Sua proteção ou eventuais privilégios estão a reboque do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico. Mesmo no caso dos direitos autorais, referenciados pelo art. 5º, XXVII, uma leitura em cotejo com o inciso XXIII deste mesmo artigo revela uma funcionalização que os perpassa.

2.2.2.2 Propriedade Intelectual, interesse social e desenvolvimento

A propriedade intelectual se diferencia da propriedade tradicional não apenas em função da imaterialidade dos bens e de suas características econômicas. Se na propriedade tradicional se enfatizam os direitos do próprio titular, ainda que condicionados à uma função social, na propriedade intelectual, e particularmente na industrial, “a propriedade nasce não sob contenção, mas por inspiração e

¹¹⁰ “A base constitucional da proteção hoje assegurada pela Lei. 9.609/98 aos programas de computador seria não os dispositivos pertinentes aos direitos autorais, aos quais não acedem quaisquer limites ou compromissos com a ordem econômica, mas a mesma cláusula que ampara as marcas, patentes e demais direitos intelectuais de fundo econômico. (...) No contexto constitucional brasileiro, os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente econômico são objeto de tutela própria, que não se confunde com a regulação genérica dos direitos autorais. Em dispositivo específico, a Carta sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade, compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social.” (BARBOSA, Denis Borges. **A proteção do software**. 2001, p.2. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/77.doc>. Acesso em 11 de julho de 2019).

¹¹¹ Por exemplo, a Constituição Federal de 1967 trazia em seu art. 150, §24, que “a lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”.

determinismo de interesse plúrimo. (...) Em muitas facetas se mostra a relação poligonal que tem em seus vértices: o titular, o Estado e o público.”¹¹²

A sociedade é a grande interessada na atividade inventiva e no progresso técnico, crescimento econômico e desenvolvimento que daí podem advir. Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 expressamente vincula, em seu art. 5º, XXIX, a concessão de um privilégio na exploração de inventos industriais ao interesse geral da sociedade e ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Igualmente, o TRIPS possui disposição similar em seu art. 7º, invocando expressamente o bem-estar social:

art. 7 - A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

O regime jurídico da Propriedade Intelectual tem papel relevante na formulação da política industrial de determinado país¹¹³, dada a sua vocação para aumentar a segurança dos investimentos e orientar o desenvolvimento tecnológico aos objetivos daquela comunidade. Contudo, não há neutralidade no regime de Propriedade Intelectual, e, assim como ocorre no Antitruste, tal proteção está imbuída de escolhas políticas. Se manejado corretamente, o sistema de Propriedade Intelectual pode auxiliar a corrigir distorcer de um sistema que não tem, de maneira geral, operado em favor dos países em desenvolvimento.¹¹⁴

Neste sentido, não obstante a relação que muitas vezes se atribui à Propriedade Intelectual e ao desenvolvimento econômico, não é possível, como pontua Marcos Wachowicz, o estabelecimento de uma relação direta e necessária entre um maior nível de proteção e uma melhoria no desempenho econômico ou aumento dos níveis de inovação de dado mercado.¹¹⁵

¹¹² BARBOSA, Denis Borges. Op cit., p. 1103.

¹¹³ Não por acaso, em 2004 o governo federal lança a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), que passa a articular de maneira formal o regime de propriedade intelectual à política industrial.

¹¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. Op cit., p. 1766.

¹¹⁵ “A análise do último relatório da OMPI sobre o ranking mundial de pedidos de patentes de 2012 revela que, vários países em desenvolvimento que receberam amplamente leis de patentes e direitos correlatos (nos quais se inclui o Brasil), não tiveram uma melhoria sensível no seu desempenho econômico, tecnológico, como também fracos foram os movimentos de industrialização ou de inovação. Resulta daí a inexistência de uma relação automática entre nível de proteção e nível de inovação.”

Embora os direitos de propriedade intelectual não gozem de uma posição absoluta, especialmente quando confrontados com outros valores a informar a ordem jurídica nacional¹¹⁶, há um temor de que não privilegiar tais direitos em situações de conflito leve a um desincentivo da atividade inventiva. Um campo em que tais conflitos podem ocorrer é aquele dos casos concorrenciais, sejam de estruturas ou condutas, que envolvam mercados com altas taxas de inovação ou direitos de propriedade intelectual. É sobre tal intersecção que a próxima seção irá versar.

2.3 A INTERSECÇÃO ENTRE O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

De um lado, o Direito da Concorrência nasce de uma preocupação crescente com a concentração de poder econômico e seu abuso, a partir dos riscos de eliminação da concorrência e formação artificial de monopólios, que prejudicam o consumidor e impõem perdas à sociedade. Dessa forma, promove a competitividade e um modelo que, em larga medida e ao menos na sua acepção neoclássica, privilegia o aumento da produção e a redução do preço em direção a custo. Preços mais baixos, liberdade de escolha e estímulo à inovação – esses são os mecanismos pelos quais o Antitruste persegue seu principal objetivo, a promoção do bem-estar do consumidor, e, por meio dele, contribui para uma agenda de crescimento econômico e desenvolvimento.

De outro lado, a Propriedade Intelectual busca em seu aspecto patrimonial assegurar uma remuneração justa ao seu titular, de forma a estimular as atividades criativas e inventivas. Se deixadas apenas à sorte do mercado, tais atividades poderiam ser subincentivadas em função das características da informação, que dificultam a apropriação e favorecem a ação de caroneiros. A recompensa surge pelo monopólio legal, que garante ao seu detentor um direito de exploração temporária exclusiva. No caso da propriedade industrial e do *software*, tal monopólio legal pode levar a cobrança de preços supracompetitivos e diminuir a liberdade de escolha do consumidor, ainda que estimule a inovação.

(WACHOWICZ, Marcos. Sistema de proteção da propriedade intelectual: os impasses para a promoção do desenvolvimento e da inovação. **Revista Jurídica do Cesuca**, vol. 1, n. 1, 2013, p. 136).

¹¹⁶ “Segundo a Constituição Brasileira, a propriedade resultante das patentes não é absoluta – ela só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.” (BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 1766).

A pergunta que se coloca, portanto, é se a relação entre o Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual estaria fadada ao conflito. Não parece ser o caso, ou ao menos esta é a opinião dominante expressada pelas autoridades antitruste no Brasil, Estados Unidos e União Europeia, para citar alguns exemplos.¹¹⁷ Pelo contrário, Herbert Hovenkamp dirá que, não obstante situações limite de conflito sejam possíveis, na maior parte das vezes o antagonismo é meramente aparente.¹¹⁸ Os regimes jurídicos da propriedade intelectual e da concorrência devem ser vistos como complementares. Ainda que persigam seus objetivos mediante uso de ferramentas distintas, ambos são voltados, em última instância, ao interesse social amplo de promoção à inovação e garantia de bem-estar, conducentes ao crescimento econômico e ao desenvolvimento.¹¹⁹

Deve-se lembrar, inclusive, que na acepção mais corrente de concorrência, a inovação é um elemento importante conjuntamente com o preço e outros fatores como, por exemplo, diferenciação de produto, qualidade e reputação. Assim, uma forma de se olhar o regime de monopólio legal propiciado pela Propriedade Intelectual não é o de sacrifício à concorrência, mas o de busca por seus objetivos mediante uma

¹¹⁷ No Brasil, tal relação de complementariedade entre o regime de propriedade intelectual e a defesa da concorrência é reconhecida, por exemplo, no voto da Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, no contexto do Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-5, arquivado por maioria em 14 de março de 2018, que versava sobre um suposto exercício abusivo do direito de propriedade sobre desenhos industriais no mercado secundário. Este caso será retomado no capítulo 3 do presente trabalho. Nos Estados Unidos, tal reconhecimento está expresso no *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, documento das autoridades norte-americanas para orientar a análise de licenciamento de propriedade intelectual na esfera concorrencial. (Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>. Acesso em 23 de junho de 2019). Mesmo papel desempenha, na União Europeia, o *Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements*, publicado pela Comissão Europeia para oferecer diretrizes sobre acordos de transferência de tecnologia. (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0427%2801%29>. Acesso em 20 de julho de 2019).

¹¹⁸ “Para se configurar um verdadeiro conflito, deverá haver uma prática de Propriedade Intelectual que seja um ameaça real à competição ao mesmo tempo em que (...) desenvolve um interesse protegido pelas próprias leis de proteção à Propriedade Intelectual. Historicamente muitas das práticas envolvendo Propriedade Intelectual condenadas pelas Cortes como violações concorrenciais (...) não eram de forma alguma anticompetitivas”. (HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust Interface*. In: **University of Iowa Legal Studies**, n. 46, 2008b, p. 1979 – tradução livre). Na opinião do autor, “acordos horizontais de licenciamento de patentes permanecem sendo a única área onde o conflito entre Propriedade Intelectual e Antitruste é real no sentido de que resultados anticompetitivos são genuinamente possíveis ao mesmo tempo em que sérios direitos de Propriedade Intelectual devem ser considerados.” (HOVENKAMP, Herbert, Op. cit., 2008a, p.259).

¹¹⁹ “Os objetivos da defesa da concorrência e a proteção aos direitos de propriedade intelectual são, em última análise, convergentes, quais sejam: promover as condições competitivas e inovadoras no ambiente econômico capazes de aumentar as eficiências, assim produzindo efeitos positivos ao bem-estar social”. (Trecho do voto do Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, no âmbito do já referido Processo Administrativo nr. 08012.002673/2007-5).

artificialidade que reduz o nível da concorrência na esfera dos preços em prol da promoção de uma concorrência no âmbito da inovação.¹²⁰

A Propriedade Intelectual também guarda em si um atributo relevante de competição – a competição pela inovação, e pelo que dela possa resultar em termos de menores custos de produção, maior diferenciação de produto ou criações que perturbem todo um mercado existente.

Além disso, o monopólio legal que a Propriedade Intelectual confere não implica, necessariamente, a existência de monopólio no sentido econômico, este sim uma preocupação do Antitruste. Não obstante tenha sido uma confusão feita por várias décadas, hoje é cediço que ambos os conceitos não se confundem, nem tem uma relação necessária.¹²¹ Afinal, especialmente quando se trata de invenção, é preciso lembrar que o que se protege é o meio, o processo, não o resultado. Um pacote de patentes pode, em conjunto, proteger uma tecnologia que permita assistir filmes em determinado formato, mas isso não impede que concorrentes inventem ao redor de tais patentes e ofereçam outra solução com resultado idêntico ou similar, mas atingível por um mecanismo distinto.¹²²

O fato, porém, de o monopólio legal não implicar necessariamente o monopólio econômico não significa que ele não possa, em determinadas situações, contribuir de forma decisiva para a formação ou manutenção de poder econômico. Mercados especialmente suscetíveis a tal ocorrência são as indústrias com poucos substitutos ao produto objeto da patente, como se vislumbra em medicamentos e

¹²⁰ “O exercício do direito de propriedade industrial pode restringir a concorrência estática, em curto prazo. No entanto, a proteção desses direitos tem por finalidade gerar eficiências dinâmicas que, a longo prazo, vão ao encontro do interesse social, inclusive dos consumidores, e do desenvolvimento do País. Na prática, trata-se de um direito de exclusividade dado a seu titular por prazo determinado, de modo sobretudo a incentivar a criação de novos desenhos industriais. Definitivamente, a inovação aparece como elemento chave.” (Trecho do voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, novamente no âmbito do Processo Administrativo nr. 08012.002673/2007-5).

¹²¹ Em 2006, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu expressamente no julgamento do caso *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, em que se discutia a aplicação da lei antitruste à supostas vendas casadas envolvendo patentes, que a titularidade de uma patente não confere necessariamente poder de mercado. Essa posição é coerente com aquela advogada pelo DOJ e FTC em documentos como o *To promote innovation: the proper balance between Competition and Patent Law and Policy*, de 2003, e, posteriormente, o *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, inicialmente publicado em 1995, mas com sua última versão datada de 2017.

¹²² “A exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado.” (BARBOSA, Denis Borges. A Criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual: o caso sul-americano. In: **Centre for Trade and International Development**, 2005. Disponível em: <https://www.ipr-online.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2019).

indústrias de alta tecnologia, ou, ainda, mercados em que se verifica o estabelecimento de um padrão em relação ao qual o resto do sistema precisa garantir operabilidade. Essa será, porém, uma análise feita caso a caso, que deverá considerar as barreiras à entrada e a concorrência, real ou potencial, que poderia desenvolver alternativas à patente existente.¹²³

Em que pese a relação de complementariedade entre os regimes jurídicos, conflitos, ainda que muitas vezes aparentes, podem surgir. Nesse caso, a pergunta que se coloca é se um ilícito anticompetitivo perpetuado pelo uso de direitos de propriedade intelectual deveria receber algum tipo de imunidade na esfera do Antitruste. A melhor resposta é a negativa.

O exercício dos direitos de propriedade intelectual na forma de monopólio legal é sempre excludente, mas não precisa ser anticompetitivo. Porém, a partir do momento em que extrapolar determinados contornos e passar a ser abusivo, estará sujeito à repressão prevista pelo art. 173, §4º da Constituição Federal. Nesse caso, devem prevalecer os objetivos maiores que informam o regime da propriedade intelectual e da concorrência, tal como a promoção do interesse social, bem-estar e o desenvolvimento, sob pena dos institutos perversamente atentarem contra a própria finalidade que deveria guiar sua aplicação.

Não é por outro motivo que a Lei 12.529 de 2011, assim como fazia sua antecessora, prevê expressamente em seu art. 31 que sua aplicação se estende àqueles que exerçam atividades sob o regime de monopólio legal. Adicionalmente, seu art. 36, §3º, XIV e XIX traz hipóteses envolvendo direitos de propriedade intelectual que podem configurar ilícito concorrencial, desde que produzam ou tenham o potencial de produzir os efeitos previstos em seu caput. Dessa forma:

art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

art. 36. (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

¹²³ LILLA, Paulo Eduardo. Op cit., p. 72.

(...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Não há, portanto, que se falar em imunidade da Propriedade Intelectual em relação ao Antitruste. Ambas as disciplinas devem conviver com vistas ao cumprimento de uma finalidade social que extrapola as esferas individuais.

2.4 CONCLUSÃO PARCIAL

A inovação não somente reside no centro do sistema capitalista, ao menos em uma perspectiva filiada à tradição schumpeteriana, como também está associada a um maior crescimento econômico e ao desenvolvimento. Países que inovam mais possuem economias mais fortes e conseguem elevar o bem-estar da população.

Inovar importa, mas a inovação não ocorre em um ambiente estéril e hermético. Pelo contrário, ela é condicionada e conformada por uma série de regras institucionais, formais e informais. Dentre as instituições que influenciam diretamente a inovação está o mercado e o Direito, especialmente sob a forma do regime jurídico da concorrência e da propriedade intelectual.

Ambas as disciplinas jurídicas buscam corrigir falhas de mercado. O Antitruste, os problemas associados a concentração e abuso do poder econômico. A Propriedade Intelectual, remediando artificialmente a natureza dos bens intelectuais como informação, com o objetivo de promover a atividade inventiva. O Antitruste cumpre seu papel promovendo uma competição vigorosa entre os agentes econômicos, que comumente se traduz como preços mais baixos ao consumidor. A Propriedade Intelectual, por outro lado, vale-se da concessão de um monopólio legal e temporário, que pode implicar preços mais elevados.

A eleição de meios aparentemente antagônicos entre tais disciplinas pode gerar tensões – que aparecem, por exemplo, em discussões sobre inovação predatória, *pools* de patentes, recusa em licenciar, *sham litigation*, e outras situações relevantes ao Antitruste envolvendo bens intelectuais. Contudo, muitas vezes as tensões são mais aparentes do que reais. Tanto o Antitruste quanto a Propriedade Intelectual são mecanismos complementares na busca por objetivos maiores, notadamente a promoção da inovação, do bem-estar e do desenvolvimento. Assim,

nem a Propriedade Intelectual está imune do Antitruste, nem o Antitruste pode limitar sua visão de competição aos preços. Inovar também é competir.

3 INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Se inovar importa e beneficia a sociedade como um todo, é importante que se busque compreender em que condições a inovação irá florescer, isto é, que fatores alteram a estrutura de incentivos de uma determinada empresa (ou inventor) em prol das atividades de P&D aptas a gerar inovação. Compreender tais condições possui reflexos imediatos não só para o Direito, mas também para todas as demais instituições cujas ações condicionam o comportamento dos agentes inovadores.

Uma das discussões em relação aos incentivos à atividade inventiva diz respeito a como o Antitruste deveria se comportar para não arrefecê-la, especialmente diante de indústrias com altas taxas de inovação, como os mercados relacionados a hardwares, softwares, serviços prestados pela internet, entre outros que reúnem características distintas daquelas encontradas na indústria tradicional, a partir da qual boa parte da teoria econômica, inclusive no que se relaciona à competição, foi construída.

O presente capítulo tem como ponto de partida compreender que nova realidade é esta que as indústrias de alta-tecnologia impõem ao Antitruste, e quais os desafios que daí derivam à matéria concorrencial. Após, será percorrido um caminho crítico que busca investigar como premissas e categorias essenciais ao Antitruste conversam (ou deixam de conversar) com a teoria econômica disponível sobre incentivos à inovação, notadamente no que se refere ao nível de concentração de mercado e às discussões entre concorrência estática e dinâmica. Por fim, serão analisados conceitos como mercado relevante, poder de mercado e o teste do monopolista hipotético, para que seja possível não só apontar eventuais insuficiências das categorias usuais, mas também algumas propostas de atualização.

3.1 A NOVA ECONOMIA E SEUS DESAFIOS AO ANTITRUSTE

Ao se comparar as empresas mais valiosas do mundo hoje àquelas de algumas décadas atrás, encontra-se, mais do que uma lista de agentes econômicos

diferentes¹²⁴, mercados com características distintas daquelas que tradicionalmente informaram a construção da teoria econômica e, como resultado, do direito concorrencial. Para demarcar tal distinção, diversos artigos e pesquisas em matéria Antitruste passaram, nos últimos vinte anos, a empregar a expressão “nova economia”¹²⁵. O uso desta locução se popularizou a ponto de o Congresso norte-americano dedicar uma seção ao tema em seu relatório *Antitrust Modernization Report*, de 2007, encomendado precisamente para investigar se as rápidas mudanças tecnológicas, taxas de inovação e crescimento da importância (e volume) da propriedade intelectual produzida deveriam ditar alterações nas políticas concorrenciais.¹²⁶

Avançar na discussão sobre eventuais implicações da nova economia para o Antitruste, contudo, exige definir o que é chamado de nova economia. A expressão como tal popularizou-se com Richard Posner, que em 2000 a utilizou no *paper* intitulado *Antitrust in the New Economy*¹²⁷, o qual veio a ser parcialmente incluso em seu livro *Antitrust Law* no ano seguinte.¹²⁸ Tal qual desenvolvido pelo autor, e no sentido em que será empregada ao longo deste trabalho, por nova economia se faz referência à indústria do *software*, aos serviços com base na Internet (provedores e criadores de conteúdo), às empresas de telecomunicações e a outros empreendimentos colaterais que suportam tais negócios.¹²⁹

¹²⁴ A *Forbes* publica anualmente um *ranking* com as 50 maiores empresas norte-americanas. Em sua primeira publicação, em 1917, as empresas que ocupavam os três primeiros lugares do *ranking* eram a *US Steel*, *American Telephone & Telegraph* e a *Standard Oil*, respectivamente do ramo siderúrgico, de telecomunicação e de petróleo. Em 2017, as três primeiras posições eram da *Apple*, *Alphabet* (*Google*) e *Microsoft*, todas do ramo de tecnologia. Mais do que isso, apenas duas empresas do *ranking* em 1917 permanecem na lista em 2017 sob o mesmo nome: *AT&T* e *General Electric*. E com uma única exceção, as seis primeiras empresas do *ranking* em 2017 não existiam cinquenta anos antes. (Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jeffkauffman/2017/09/19/americas-top-50-companies-1917-2017/#5e48cb1b1629>. Acesso em 03 de julho de 2019).

¹²⁵ Apenas a título do exemplo, nos Estados Unidos a expressão já foi utilizada por Richard A. Posner, Carl Shapiro, Robert Pitofsky e Lawrence Sullivan, entre outros autores. No Brasil e também a título ilustrativo, a expressão é encontrada nos trabalhos de Paulo Brancher, Leandro Novais e Silva, e Rafael Alves de Almeida.

¹²⁶ U.S CONGRESS. ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. **Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation**, 2007. Disponível em: https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf. Acesso em 03 de julho de 2019.

¹²⁷ POSNER, Richard A. *Antitrust in the New Economy*. **John M. Olin Program in Law and Economics working paper nr. 106**, 2000. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/58/. Acesso em 03 de julho de 2019.

¹²⁸ POSNER, Richard A. Op cit., 2001.

¹²⁹ Ibid., p. 245-246.

A lista não é exaustiva, mas reúne empreendimento com características comuns que, se não inéditas a eles, são agora muito mais pronunciadas e centrais aos negócios do que foram outrora, especialmente quando se trata de indústrias nas quais a inovação, a tecnologia e a informação ocupam papel de destaque.

O modelo tradicional de indústria, principalmente aquele associado à manufatura, era caracterizado por taxas de inovação mais modestas, produção em múltiplas plantas (com a limitação às economias de escala¹³⁰ que isso acarreta), estabilidade do mercado, menores níveis de entrada e saída de competidores, e a necessidade de um aporte de capital mais robusto.¹³¹

Na nova economia, por sua vez, a dinamicidade do mercado se acentua. Agora as taxas de inovação são elevadas e há uma alta dependência de propriedade intelectual, com reflexos inclusive em termos de precificação: na nova economia, os investimentos iniciais em P&D são robustos, mas, feito tal investimento, o custo de produção de uma unidade adicional do produto resultado da pesquisa costuma ser ínfimo ou, em casos como o da indústria do software, próximo a zero. Hoje em dia, inclusive, muitos *softwares* já não são mais entregues tendo um CD-ROM como suporte, mas ficam disponíveis para download. O custo de produção da unidade adicional, portanto, é ainda menor do que na época em que Posner escreveu inicialmente a respeito.

Já as barreiras à entrada de novos agentes no mercado tendem a ser mais baixas, uma vez que, comparativamente à indústria tradicional, os investimentos iniciais costumam ser menores.¹³² Da mesma forma, as saídas tendem a ser mais rápidas, pois os *sunk costs*¹³³ são igualmente inferiores. A presença de externalidades de rede é outro denominador comumente presente nestes negócios.¹³⁴ Isso cria uma

¹³⁰ Economias de escala significam as vantagens em termos de custo que uma empresa obtém ao aumentar sua produção até um determinado patamar, uma vez que o custo de produção de cada unidade adicional decai na medida em que o volume produzido aumenta.

¹³¹ POSNER, Richard A. Op cit., 2001, p. 245-246.

¹³² Basta pensar na diferença de investimento que uma estrutura fabril demanda entre espaço físico, maquinário, compra de matéria prima e operadores fabris, *versus* o investimento para o desenvolvimento de um aplicativo, que consiste em um código de programação.

¹³³ A expressão *sunk costs* indica “os custos irrecuperáveis que o agente econômico deverá incorrer caso decida cessar suas atividades econômicas em determinado mercado.” (FORGIONI, Paula. Op cit., p. 224).

¹³⁴ Embora os efeitos de rede não ocorram somente em serviços relacionados à internet (essa é uma velha discussão no âmbito da telefonia e até mesmo do transporte ferroviário), as mídias sociais fazem excelentes exemplos: quanto maior a quantidade de contatos de alguém numa rede social, mais valor tal rede terá para este usuário. Para uma análise mais aprofundada do significado das indústrias de rede para o Antitruste, ver PRIEST, George L. Repensando o direito da concorrência na era das

necessidade de interoperabilidade¹³⁵ e faz com que integrações verticais sejam mais comuns, resultando em um quadro no qual fornecedores e clientes em um dado mercado são frequentemente competidores em outro.¹³⁶

Todas estas características reunidas levam os mercados da chamada nova economia a uma dinâmica que tende à formação de monopólios sucessivos. Embora nestes casos haja uma tendência de o vencedor do embate competitivo levar todo o mercado (e não somente fatia dele), especialmente em função da escala permitida pelo bem intelectual e pelas externalidades de rede, a probabilidade de tal monopolização ser temporária é alta, visto que as taxas de inovação são elevadas, e as entradas e saídas, frequentes. Não é dizer que a competição não exista nestes mercados, mas que ela existe como competição pelo mercado, e não necessariamente no mercado.¹³⁷

Pode-se questionar, todavia, se se trata de uma “nova” economia de fato. Embora haja valor, inclusive de simplificação, em se valer desta expressão para transmitir uma carga de significado mais ampla (afinal, em duas palavras resume-se os últimos dois parágrafos), Carl Shapiro alerta que é necessário cuidado. Não se deve depreender da locução nova economia, que denota características mais pronunciadas de determinadas indústrias, a necessidade de se falar em uma nova economia, no sentido aqui de uma mudança da disciplina econômica atual.¹³⁸ Como se discutirá ao longo deste capítulo, contudo, há questões em aberto em termos de

indústrias de rede. **Revista do Direito Público da Economia**, n. 27. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

¹³⁵ “(...) Igualmente decorrente das economias de escala e das externalidades de rede (...), é o fato de que deve haver uma compatibilidade entre programas, o conteúdo, os equipamentos e tudo o que mais faz parte desse ambiente de rede. (...) Considerando a necessidade de os vários equipamentos, produtos e serviços se comunicarem entre si, a forma como isso ocorre é por meio da chamada interoperabilidade dos padrões existentes. O que cada usuário deseja é que seu novo produto ou serviço seja ‘plugado’, ou mesmo que ‘fale’ a mesma linguagem, sem a necessidade de procurar formas extraordinárias de adaptação que permitam a interoperabilidade do sistema.” (BRANCHER, Paulo. **Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual**: Da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 99).

¹³⁶ A título de exemplo, o Google possui um buscador, navegador de internet, sistema operacional, servidor de e-mails, rede social, mapas e navegadores, comparador de preços, serviços de anúncio online, plataforma de compartilhamento de vídeos, aplicativo de mensagem instantânea, editor de fotos; além de hardwares como celulares, tablets, transmissores de mídia, equipamentos de realidade virtual, alto-falantes de inteligência artificial, entre outros.

¹³⁷ “As características da nova economia que eu venho descrevendo (...) levam ao monopólio, mas também, estranhamente, à competição. O paradoxo se dissolve quando nos lembramos que a competição para obter um monopólio também é uma importante forma de competição.” (POSNER, Richard A. Op cit., p. 248).

¹³⁸ SHAPIRO, Carl. **Antitrust, Innovation and Intellectual Property**. Testimony before the Antitrust Modernization Commission, 2005. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcinnovation.pdf>. Acesso em 03 de julho de 2019.

teoria econômica no que se refere à inovação. Se não são necessárias mudanças, ao menos há de se reconhecer algumas insuficiências.

A ponderação de Carl Shapiro possui uma correlação direta com duas das grandes questões suscitadas pela nova economia em termos de política concorrencial: (1) se tais mercados deveriam, em função de suas características, receber algum tipo de dispensa do escrutínio do Antitruste ou, alternativamente, algum tratamento diferenciado; e (2) se o Antitruste possui as ferramentas adequadas para discutir e prescrever remédios em termos de estrutura e condutas envolvendo a nova economia.

Em relação ao primeiro questionamento, as características dos mercados da nova economia que estão implícitas em sua formulação, e cujas consequências poderiam tornar o escrutínio do Antitruste indesejável, são a já mencionada tendência à formação de monopólios sucessivos e as altas taxas de inovação. Quanto aos monopólios sucessivos, o ponto que costuma ser feito é de que seu caráter é temporário, o que alguns interpretam como a existência de um poder de mercado volátil, que tende a ser corrigido mais eficientemente pelo próprio mercado do que por soluções interventivas. Em relação às altas taxas de inovação, há uma preocupação com a preservação dos incentivos para inovar, ainda que às custas de algum poder de monopólio, já que a inovação seria, no entendimento de uma corrente *neoschumpeteriana*, uma espécie superior de concorrência quando comparada com a concorrência por preços mais baixos, devendo ser preferida a esta.¹³⁹

O segundo questionamento, por sua vez, revela não apenas uma preocupação com as normas existentes, mas também com a sua aplicação, pois as discussões envolvendo indústrias de alta tecnologia são muitas vezes técnicas, sendo de difícil entendimento por um não especialista, o que poderia aumentar a chance das autoridades administrativas e do judiciário decidirem equivocadamente.¹⁴⁰

É válido, já de saída, algumas provocações a partir das premissas e assunções contidas nestes questionamentos. Em primeiro lugar, se o Antitruste efetuar uma retirada estratégica de cena em discussões envolvendo indústrias de alta

¹³⁹ PITOFSKY, Robert. Challenges of the New Economy: Issues at the intersection of Antitrust and Intellectual Property. **Antitrust Law Journal**, n. 68, 2001. O autor, contudo, recapitula os argumentos frequentemente utilizados na defesa de um afastamento do Antitruste da nova economia apenas para rebatê-los.

¹⁴⁰ Tanto Richard A. Posner, quanto Carl Shapiro e Lawrence A. Sullivan refletem e discutem tal preocupação em seus respectivos trabalhos.

tecnologia, abre-se uma dúvida quanto à de que forma o mercado evitaria que aquele que alcançou lícitamente determinada posição monopolista, ainda que temporária, não venha a se valer de condutas anticompetitivas para diminuir o nível de rivalidade e manter seu monopólio, eventualmente levando a um desestímulo à atividade inventiva em dado segmento.¹⁴¹

Em segundo lugar, é de se perguntar se não obstante os mercados da nova economia possam ter entradas e saídas mais frequentes, os efeitos de rede e a interoperabilidade, muitas vezes essenciais ao segmento, não seriam barreiras à entrada importantes o suficiente para serem consideradas aptas a aumentar os custos de troca (*switching costs*). E, ainda, se tal aumento não manteria consumidores e fornecedores presos (*locked in*) a uma opção inferior, mas dominante, resultado assim na chamada dependência de trajetória (*path dependency*).¹⁴²

Responder a tais questionamentos passa pela compreensão da teoria econômica e de estudos empíricos disponíveis sobre a relação entre inovação e competição, os quais servem de subsídio ao desenvolvimento e aplicação do Antitruste, bem como pela análise de casos concretos, dos efeitos anti e pró-competitivos das condutas neles envolvidas e dos eventuais remédios jurídicos que lhe tenham sido dados. Passa, igualmente, por uma identificação de eventuais limites do Antitruste. Esse caminho será percorrido ao longo dos próximos capítulos, e as respostas encontradas refletirão intimamente na conclusão sobre qual seria o melhor tratamento a ser dado às chamadas inovações predatórias, cuja investigação constitui o objetivo precípua deste trabalho.

Seja como for, a nova economia tem o condão de causar novos atritos na relação entre o Antitruste e a Propriedade Intelectual, não obstante a complementariedade esperada entre os objetivos dessas áreas do Direito.

¹⁴¹ Em outras palavras, não teria o Antitruste a função de, conforme Lawrence A. Sullivan, “monitorar a competição para se tornar o padrão e inibir o vencedor de arrefecer essa dinâmica contínua (dos mercados de alta tecnologia) que pode desbancá-lo, ou de alavancar seu poder em outro mercado” (In: Is competition Possible in High Tech Markets?. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 52, n. 1, 2001, p. 50 – tradução livre)

¹⁴² “(...) Uma vez que os usuários se familiarizam com o uso de determinado produto, serviço ou tecnologia, por meio de treinamentos ou aprendizados, de itens agregados que implicam em custos não amortizados, ou mesmo pelo fato da alternativa existente ainda não ter alcançado (...) efeitos de rede (...), tais usuários tendem a se manter fiéis (ou mesmo trancados) ao bem inicialmente adquirido – daí a origem do termo igualmente utilizado ‘lock-in effect’. Qualquer mudança para um produto diferente demandará a necessidade de o usuário aprender e acostumar-se a ele (fator tempo), bem como fará que ele incorra em diversos outros custos de valor agregado (atualizações, fidelizações etc.).” (BRANCHER, Paulo. Op cit., p. 98).

3.2 INCENTIVOS A INOVAÇÃO & ESTRUTURA DE MERCADO

A promoção de estruturas de mercado específicas e sua relação com a competição e inovação formam uma tríade constante sobre a qual diversos matemáticos e economistas se debruçaram nas últimas oito ou nove décadas. Da tradição iniciada no último século por Joseph Schumpeter nos anos 30 (e suas conclusões favoráveis aos mercados concentrados) ao contraponto de Kenneth Arrow nos anos 60 (sustentando uma superioridade de mercados competitivos), passando pelos trabalhos de diversos outros pesquisadores a partir dos anos 80 e até os dias atuais, o número de trabalhos publicados a respeito é elevado, mas não parece gerar conclusões uniformes, aplicáveis de forma indiscriminada a contextos distintos.

Ainda assim, compreender as hipóteses formuladas, estudos empíricos realizados e conclusões atingidas, bem como suas limitações, mostra-se essencial ao jurista que, cioso do papel do Direito como instituição apta a alterar a estrutura de incentivos econômicos dos agentes e os resultados alcançados em termos de políticas públicas, ao manejar seus institutos busca a promoção da inovação e não o seu arrefecimento.

O Direito Concorrencial, sob este aspecto, é um *locus* privilegiado para a compreensão da importância de tais discussões aos juristas e a outros especialistas, bem como de suas possíveis repercussões práticas. Construído a partir de uma abordagem teórica neoclássica que busca evitar a concentração do poder econômico de forma artificial e coibir seus abusos, o Antitruste aceita os monopólios com reserva, como uma falha de mercado que, na melhor das hipóteses e se obtida pelos processos normais de concorrência, é um incômodo que pode ser tolerado.

Fácil compreender, portanto, porque a possibilidade de monopólios favorecerem a inovação, independentemente da perspectiva de aumento de preços, causa tamanho desconforto ao regime jurídico da concorrência.

É precisamente para expor as contribuições de Joseph Schumpeter, Kenneth Arrow e outros à discussão acerca da relação entre estrutura de mercado e inovação, bem como para discutir suas implicações à política concorrencial, que a presente seção se justifica.

3.2.1 Schumpeter e o poder de monopólio

Joseph Schumpeter ofereceu uma contribuição original à teoria econômica quando posicionou os ciclos de inovação como mola propulsora do sistema capitalista e os descreveu como vendavais de destruição criativa. Neste processo, a criação de algo novo, se aceita pelo público ao qual se destina, está atrelada, portanto, à destruição do que está posto¹⁴³, e ao surgimento de um novo monopólio em seu lugar. Este monopólio será frágil e temporário, sujeito ao surgimento de outra inovação fadada a assumir o seu lugar, em um ciclo perene de competição não tanto por fatias do mercado, mas pelo mercado em sí. A formação de monopólios sucessivos, portanto, é um elemento central ao processo de inovação na forma como o pensou Schumpeter.

Tais ideias não tiveram influência somente na época de sua publicação, mas continuam atuais e são objeto de resgate e lembrança frequentes em trabalhos discutindo inovação, propriedade intelectual e concorrência.¹⁴⁴ Os escritos de Schumpeter são de uma época na qual o paradigma de inovação eram empresas automobilísticas ou petrolíferas, tipos de indústria que possuem taxas de inovação modestas quando comparadas às indústrias de informática, telecomunicações e robótica, para citar alguns exemplos. Contudo, a destruição criativa da qual o autor trata parece feita para se moldar à nova economia.¹⁴⁵

O contexto dos escritos de Schumpeter também é importante para a compreensão de um outro ponto central na sua teorização do processo de inovação, este mais polêmico e objeto de diversas críticas nas décadas que se seguiram: a estrutura de monopólio como conducente à inovação.¹⁴⁶ A dizer, para Schumpeter a concorrência não favorece, mas antes dificulta o ato de inovar, ao passo que um maior nível de concentração de mercado lhe serve de incentivo porque permite aos agentes

¹⁴³ Hoje fala-se muito nas inovações incrementais (construção criativa ou *creative constructions*), em oposição, ou melhor, em complementariedade, às inovações disruptivas de mudança de padrão enunciadas por Schumpeter. Ambas coexistem e as inovações incrementais, inclusive, parecem somar o maior número. Nas palavras de Marco Iansiti e Gregory L. Richards, “O antigo mantra da ‘destruição criativa’ raramente se aplica de forma completa. Velhas tecnologias (...) raramente desaparecem – elas evoluem e se tornam os blocos fundantes das inovações de amanhã.” (In: Assimilation, Specialization and the Technology Life Cycle. In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011 – tradução livre).

¹⁴⁴ Somente a título de ilustração, vide trabalhos de Jonathan B. Baker, Michael L. Katz, Howard A. Shelanski, David J. Teece e Joshua D. Wright. Já na doutrina nacional, as obras de Paulo Brancher, Paulo Eduardo Lilla e Alberto Luis Camelier da Silva, todas referenciadas em algum ponto no presente trabalho, igualmente abordam o tema.

¹⁴⁵ POSNER, Richard A. Op cit., 2000, p. 05.

¹⁴⁶ SCHUMPETER, Joseph A. Op cit., p. 117 et seq.

coletar um excedente de preço que, por sua vez, será necessário para que se invista em atividades de P&D que irão resultar na inovação.

Em um ambiente com forte concorrência, os preços serão pressionados em direção ao custo e a margem dos agentes econômicos será sacrificada. Os consumidores serão beneficiados de forma imediata com preços mais baixos, revelando a face estática dos mercados, mas prejudicados a médio e longo prazo pela redução nos níveis de inovação, face dinâmica dos mercados. Por este motivo, Schumpeter entende que o poder monopolista cria as condições de coleta de excedente necessárias ao fomento da inovação. Para o autor, a concorrência dinâmica é mais qualificada do que a estática, e aquela, se necessário, deve ceder lugar a esta.¹⁴⁷

Schumpeter escreveu em um período após a grande depressão, no qual a desconfiança com as grandes corporações¹⁴⁸ e um viés quase ideológico de proteção aos pequenos negócios, ainda que ineficientes, preponderava. A partir de modelos neoclássicos de concorrência perfeita e preço, economistas demonstravam os problemas associados a estruturas de monopólio e oligopólio, cujas empresas estariam aptas a restringir a produção e coletar preços supra competitivos. Como resultado, geram ineficiência alocativa ao forçar o consumidor que não está disposto a pagar o preço de monopólio, mas que pagaria o preço competitivo, a buscar uma transação alternativa, colocando-o em uma situação pior do que ele estaria em um mercado competitivo.¹⁴⁹

¹⁴⁷ “O que praticamente monopoliza a atenção do teórico continua sendo a concorrência em um molde rígido de condições invariantes, especialmente os métodos de produção e as formas de organização empresarial. Mas, na realidade capitalista (em oposição à sua imagem estampada nos manuais), o que conta não é esse tipo de concorrência, mas a concorrência da nova mercadoria, da nova tecnologia, da nova fonte de abastecimento, do novo tipo de organização (...), ou seja, a concorrência que impõe uma vantagem decisiva em custo ou qualidade e que ataca não nas margens dos lucros da produção das empresas existentes, mas nos seus alicerces e na sua própria existência. Esse tipo de concorrência é tão mais eficaz que a outra, quanto um bombardeio em comparação com o arrombamento de uma porta, e tão mais importante quanto passa a ser relativamente indiferente que a concorrência, no sentido ordinário, funcione mais ou menos prontamente; em todo o caso, a poderosa alavanca que, em longo prazo, expande a produção e baixa os preços é feita de outra matéria.” (SCHUMPETER, Joseph A. Op cit., p. 120).

¹⁴⁸ Estas grandes corporações eram chamadas de *trustes*, justamente da onde, sob a guisa inicial de combatê-los, surgiu o Antitruste, nome dado ao Direito da Concorrência nos Estados Unidos do final do século XIX e exportado para outros países, inclusive o Brasil, onde as expressões hoje são intercambiáveis (e serão usadas desta forma ao longo do presente trabalho).

¹⁴⁹ O modelo neoclássico de concorrência perfeita dirá que as empresas seguirão produzindo unidades adicionais até o limite em que a unidade adicional lhes trouxer prejuízos. O volume dessa produção coincidirá com o socialmente desejável e irá gerar um estado de equilíbrio. A oferta e a demanda ditarão o preço. Situações de monopólio ou oligopólio falseiam tal modelo, em função do poder do vendedor

A partir de suas observações em relação ao poder de compra das classes trabalhadoras em fins do século XIX, bem como da melhora em relação à qualidade dos produtos e da redução dos seus preços em mercados concentrados, Schumpeter pondera se, na verdade, o que modelos matemáticos indicavam sobre monopólios e oligopólios não seria superado mediante uma confrontação empírica.¹⁵⁰ E chega a tal conclusão não necessariamente desprezando a importância da concorrência como um todo, mas trocando seu foco do aspecto estático (preço) pelo dinâmico (inovação, e os monopólios sucessivos que daí adviriam).

Ademais, Schumpeter entende que os monopólios, a menos que suportados de alguma forma pelo governo, não tendem a se sustentar indefinidamente. Em linha com a ideia de destruição criativa, inclusive, a tendência seria de monopólios temporários e sucessivos, os quais, paradoxalmente, apenas conseguiriam se manter sob a condição de seus agentes não se comportarem como monopolistas.¹⁵¹

Introduzir a importância do aspecto temporal da competição em torno das inovações e criticar os modelos de concorrência perfeita neoclássicos com suas preocupações restritas à dimensão do preço foi outro acerto de Schumpeter. Embora, como será retomado ao se discutir mercados multidimensionais, a questão seja mais complexa do que um simples *trade off* entre preço e inovação.

Não obstante a teoria de Schumpeter ofereça pontos importantes para reflexão, sua acepção em relação aos benefícios de mercados altamente concentrados é demasiadamente otimista. A verdade é que os problemas causados pelo monopólio como falha de mercado são tão reconhecidos na literatura

em restringir a produção (alterar artificialmente a oferta) e cobrar preços mais altos do que em um mercado competitivo. Ao tratar do tema e expressar sua discordância em relação ao resultado esperado em mono e oligopólios, Schumpeter aborda, em especial, as análises de Alfred Marshall e Knut Wicksell (SCHUMPETER, Joseph A. Op cit., p.105 et seq).

¹⁵⁰ SCHUMPETER, Joseph A. Op cit., p. 118.

¹⁵¹ “Fica imediatamente evidente que os casos puros de monopólio de longo prazo têm de ser raríssimos (...). O poder de explorar a vontade determinado sistema de demanda (...) dificilmente pode persistir, nas condições de capitalismo intacto, durante um período longo o suficiente para que a análise da produção total o tome em consideração, a não ser que ele conte com o respaldo de autoridade pública (...). Até mesmo os conglomerados ferroviários e de energia elétrica tiveram, primeiramente, de criar a demanda dos seus serviços, e, depois, de defender o seu mercado contra a concorrência. Fora da zona de serviços públicos, a posição de vendedor único só pode ser conquistada – e mantida durante décadas – sob a condição de ele não se comportar como um monopolista”. E, ainda, “os novos métodos de produção ou as novas mercadorias, especialmente estas, não conferem monopólio per se, mesmo que usados ou produzidos por uma única empresa. O produto do novo método tem de competir com os produtos do antigo e a mercadoria nova precisa ser introduzida, ou seja, é obrigada a construir seu programa de demanda.” (Ibid., p. 141-145).

especializada que Richard Posner chega a declarar que “a teoria econômica do monopólio provê a única base segura para as políticas concorrenciais”.¹⁵²

Não bastassem os problemas causados pelo monopólio em termos de eficiência estática, seu papel em termos de eficiência dinâmica também é controverso, como se verá a seguir.

3.2.2 Arrow e a concorrência

O mais relevante trabalho a contestar a proposta de Schumpeter veio do matemático norte-americano Kenneth J. Arrow, que no início dos anos 60 publicou artigo no qual se propõe a responder em que extensão a competição leva a uma alocação ótima de recursos para a inovação.¹⁵³

Arrow inicia seu trabalho recordando as três justificativas clássicas a uma eventual falha da concorrência perfeita em garantir a alocação ótima de recursos: a indivisibilidade, a inapropriabilidade e a incerteza. Estas são características da informação, e, por extensão, se aplicam à atividade inventiva precisamente por ser esta o produto da inovação.¹⁵⁴

Por indivisibilidade entende-se que é um bem não-rival, isso é, o uso por um não impede o uso por outro, já que não consome o recurso. Inapropriabilidade significa que, ausente o monopólio legal da propriedade intelectual, aquele que detém a informação não pode dela se apropriar e comercializá-la no mercado. Afinal, trata-se de bem não-rival, cuja fruição pelo agente A não impede a fruição pelos agentes B, C e D, além dos custos de transmissão envolvidos serem frequentemente baixos. Finalmente, por incerteza se está a dizer que os processos de P&D apresentam risco e recompensas desconhecidas, uma vez que seu resultado (a informação obtida ou *output*) nunca poderá ser perfeitamente previsto a partir do que se investiu (recursos de capital e humanos, além de tempo, por exemplo, que seriam os *inputs*). Não só isso, mas aquele que quer ter acesso à informação nunca saberá seu exato valor até conseguí-la, o que cria um paradoxo: se consegue a informação de antemão, termina

¹⁵² POSNER, Richard A. Op cit., 2001, p. 9.

¹⁵³ ARROW, Kenneth J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: National Bureau of Economic Research. **The rate and direction of inventive activity**: economic and social factor. Princeton: Princeton University Press, 1962.

¹⁵⁴ Ibid., p. 615.

conseguindo-a de graça, ao passo de que se a adquire sem saber sua total extensão, baseia sua decisão de compra em critérios não ótimos.¹⁵⁵

Estas características da informação e da inovação são relevantes ao estudo da Propriedade Intelectual, como visto no capítulo anterior. Sua importância na teorização de Arrow reside no fato de que permitem ao autor concluir que, nas economias de livre mercado, haverá um sub investimento em P&D voltado à inovação, seja pelo risco envolvido, apropriabilidade limitada ou retornos crescentes de uso.¹⁵⁶

A conclusão de que a alocação de recursos em inovação em uma economia de mercado tende a ficar abaixo do nível ideal leva à exploração de formas alternativas de organização econômica em relação às invenções, como, exemplificativamente, a realização ou financiamento de tais atividades pelo governo, mas não elimina a discussão acerca de qual estrutura de mercado estimula a inovação pelo(s) agente(s) que nela atua(m): se o monopólio ou a concorrência. Por monopólio, Arrow esclarece que se refere à existência de barreiras à entrada de novos agentes, mas que a “situação de monopólio temporário, talvez devido a uma inovação prévia, que não impeça a entrada de novas empresas com suas inovações, deve ser tomada mais como competitiva do que monopolista para o propósito desta análise”.¹⁵⁷

Valendo-se de modelagens matemáticas, Arrow conclui que o incentivo à inovação é menor em condições de monopólio do que em condições competitivas, mas, mesmo em um cenário de competição, tais incentivos ficam aquém do ideal.

O ponto de partida de Arrow é a premissa de que o agente inovador conta com direitos de propriedade exclusivos e perpétuos sobre a sua invenção, e que a proteção a tais direitos ocorre sem falhas.¹⁵⁸ A partir daí, o autor argumenta que um

¹⁵⁵ Ibid., p. 614-617.

¹⁵⁶ Ibid., p. 619.

¹⁵⁷ Tal afirmação é curiosa porque denota que a separação entre Schumpeter e Arrow pode não ser tão radical quanto se poderia imaginar (e como geralmente se vê retratado no oferecimento das duas teorizações como diametralmente opostas). Neste trecho, Arrow descreve como tendo uma configuração predominantemente competitiva o monopólio temporário causado por uma inovação, desde que não crie barreiras substanciais à entrada a novos agentes. De certa forma, esta conceituação se assemelha aos monopólios sucessivos e temporários dos ciclos de destruição criativa schumpeterianos – mas aqui sob a pecha de concorrência (Ibid., tradução livre).

¹⁵⁸ É possível argumentar que tal cenário é irreal e que isso enfraqueceria a argumentação de Arrow, uma vez que a exclusividade na exploração dos direitos de propriedade intelectual é privilégio temporário tanto no modelo da *common law* quanto no europeu continental, do qual o Brasil é herdeiro. Contudo, no rápido passo do desenvolvimento tecnológico atual, o prazo de proteção de patentes em muitos mercados é superior à própria “vida útil” da tecnologia objeto de proteção. Não é incomum que o vendaval da destruição criativa schumpeteriana assolasse uma tecnologia existente e a torne obsoleta antes mesmo do prazo de proteção legal expirar – o que, de certa forma, faz com que a premissa de perpetuidade de Arrow não seja tão irreal quanto à primeira vista possa parecer. É bem verdade, por

monopolista em dado mercado já extrai um lucro supracompetitivo, ainda que nenhuma inovação ocorra. Se este monopolista inovar para tentar aumentar seus lucros, perderá os lucros da antiga tecnologia, o que veio a ser chamado de efeito de substituição (*replacement effect*) ou efeito de Arrow.¹⁵⁹ Por outro lado, uma empresa que atue em um cenário competitivo não parte de um *status quo* no qual auferir lucros supracompetitivos, motivo pelo qual se ao inovar tal empresa obtiver o mesmo lucro que o monopolista obteria inovando, seu retorno sobre o investimento será maior que o do monopolista.¹⁶⁰ Mesmo na hipótese do competidor não adquirir um monopólio com a inovação, a redução de custo que uma melhoria de processo lhe causaria, por exemplo, será maior do que um percentual equivalente aplicado sobre os custos do monopolista, uma vez que, no caso do competidor, a base sobre a qual este percentual será aplicado é maior. Isso ocorre porque a produção (*output*) em ambiente de concorrência é maior do que em um monopólio, precisamente porque o monopolista restringe a produção para aumentar preços.¹⁶¹

Dessa forma, conclui Arrow que o incentivo para inovar, tomado como a diferença de lucro que uma empresa terá se investir em P&D, comparado ao que ela ganharia caso não realizasse tal investimento, será maior para uma empresa em situação de concorrência do que para um monopolista.¹⁶²

3.2.3 O estado atual do embate concentração *versus* inovação

Schumpeter e Arrow foram sucedidos por uma série de teorizações e estudos empíricos que buscaram analisar a relação entre concentração de mercado e incentivos à inovação.

Nos anos 80, Richard Gilbert e David Newberry utilizaram Arrow como ponto de partida, mas subverteram a premissa deste de que o monopolista está completamente protegido de competição. Os autores questionam, a partir daí, como

outro lado, que a proteção a tais direitos não é perfeita e que a outros agentes do mercado é dada a possibilidade de inovar na borda, ou em torno, da inovação protegida de determinado agente.

¹⁵⁹ O efeito de substituição ocorre porque o monopolista, ao invés de desenvolver um novo mercado, substitui a si mesmo. Seu investimento em inovação não resultaria em mais mercado, pois o monopolista já possui a integralidade do mercado disponível. (BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs Arrow: how Antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal**, v.74, 2007, p. 579).

¹⁶⁰ ARROW, Kenneth J. Op cit., p. 620-622.

¹⁶¹ POSNER, Richard A. Op cit., 2001, p. 19.

¹⁶² ARROW, Kenneth J. Op cit., p. 621.

os incentivos à inovação se alterariam caso o monopolista estivesse sujeito à competidores que inventassem produtos e processos que lhe tirassem este monopólio. Gilbert e Newberry propuseram um modelo similar a um leilão, no qual a empresa que investisse mais em pesquisa e desenvolvimento teria automaticamente sucesso e levaria ao final uma patente como recompensa. Neste modelo, em algumas hipóteses o monopolista pode ter mais a ganhar se vencer a corrida pela inovação do que o competidor.¹⁶³

Por exemplo, caso se esteja diante de uma inovação que não é drástica, isso é, que não torne a tecnologia anterior obsoleta, mas passe a conviver com ela, o monopolista se verá diante da seguinte situação: se ganhar, continua a receber seus lucros de monopólio, ao passo que, se perder, se torna um competidor em um duopólio. Neste cenário, o monopolista tem um incentivo maior a inovar não porque vai conseguir aumentar seus lucros, em função do efeito de substituição, mas porque deseja protegê-los da erosão causada pela entrada de um novo agente com o qual deverá competir. Trata-se de um movimento de autopreservação. Por outro lado, nas hipóteses de inovações drásticas, o competidor e o monopolista têm o mesmo a ganhar com a entrada da nova tecnologia e, portanto, o mesmo incentivo para investir em pesquisa e desenvolvimento que os levem a ganhar a corrida pela patente.¹⁶⁴

A teorização de Gilbert e Newberry também se ampara em premissas que podem ser questionadas, como a de que um maior investimento em pesquisa e desenvolvimento certamente implicará a obtenção de uma patente; que no caso de inovações não drásticas, a competição se limitará a um duopólio caso o competidor obtenha a patente; ou, ainda, que o monopolista não está sujeito à competição no mercado da antiga tecnologia, para citar alguns exemplos.¹⁶⁵

Apesar disso, oferece uma contribuição única no sentido de lançar um olhar para a inovação como defesa da empresa monopolista frente a novos potenciais entrantes, um tema que guarda uma estreita relação, embora não uma relação necessária, com a chamada inovação predatória, a ser discutida no capítulo final deste trabalho.

¹⁶³ GILBERT, Richard J.; NEWBERRY, David M. G. Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly. **The American Economic Review**, vol. 72, n. 3, 1982.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ GILBERT, Richard. Looking for Mr Schumpeter: Where are we in the competition-innovation debate?. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs.). **Innovation policy and the economy**, v. 6. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 170.

Igualmente na década de 80, Jennifer F. Reinganum parte do trabalho de Gilbert e Newberry, mas adota a posição mais realista de que, embora um maior investimento possa aumentar as chances de uma empresa vencer determinada corrida inventiva, inexistem garantias. A autora conclui que na hipótese de o risco de um competidor inovar ser baixo, o incentivo para o monopolista inovar será igualmente baixo. Contudo, caso a inovação seja drástica e os esforços de pesquisa e desenvolvimento do competidor resultem em um perigo ao monopolista, os incentivos para ambos inovarem são os mesmos.¹⁶⁶

Para adicionar mais complexidade ao debate, alguns estudos empíricos concluíram pela existência do chamado “U invertido”: a inovação atinge seu ápice em uma estrutura intermediária, próxima a um oligopólio, e não em situações de concorrência perfeita ou de monopólio. O mais relevante desses estudos foi o realizado conjuntamente, nos anos 2000, por Philippe Aghion e outros autores.¹⁶⁷ Contudo, tais trabalhos deixam de, numa dificuldade intrínseca a este tipo de proposta, controlar outros fatores que incidem sobre as taxas de inovação e sobre a questão da apropriabilidade em diferentes indústrias. É difícil isolar a concentração desses outros fatores que podem ser contributos para os resultados alcançados.¹⁶⁸

Muito estudos empíricos falham em endereçar a possibilidade de a estrutura de mercado ser resultado, e não condicionante, da inovação – ou de, ao menos, estar-se diante de uma via de mão dupla.¹⁶⁹ Por exemplo, embora “com a inovação haja uma explosão no número de novos entrantes (em dado mercado), uma vez que um design dominante emerja, implosões são comuns e o mercado se torna mais concentrado”.¹⁷⁰ Tal conexão é frequentemente deixada de lado pelos estudos que

¹⁶⁶ REINGANUM, Jennifer F. Uncertain innovation and the persistence of monopoly. **The American Economic Review**, vol 73, n. 4, 1983.

¹⁶⁷ AGHION, Philippe. BLOOM, Nick. BLUNDELL, Richard. GRIFFITH, Rachel. HOWITT, Peter. Competition and Innovation: an inverted U relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 120, n. 2, 2005.

¹⁶⁸ BAKER, Jonathan B. Op cit, p. 584-585.

¹⁶⁹ KATZ, Michael. SHELANSKI, Howard. “Schumpeterian” competition and Antitrust policy in high-tech markets. **Competition**, v.14, 2005, p. 17. David J. Teece dirá a esse respeito que “colocado de forma diversa, a velocidade e a direção da inovação em determinada empresa não dependem da estrutura de mercado, mas das competências da empresa, do conhecimento interno e externo que ela consegue capturar, do regime de Propriedade Intelectual, e dos seus ativos complementares. (...) A concentração de mercado será provavelmente um resultado da seleção de mercado, a qual, por sua vez, depende da exploração de oportunidades de aprendizado assimétricas; a dizer, a concentração de mercado tem pouco a ver com poder de mercado.” (In: Favoring dynamic over static competition: implications for Antitrust analysis and policy. In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 219).

¹⁷⁰ Ibid., p. 211.

buscam correlacionar uma dada estrutura de mercado com a inovação, e não o contrário.

Estes trabalhos e hipóteses são somente uma pequena amostra do que tem sido produzido desde então, pesquisas prolíficas dotadas de resultados controversos. Richard Gilbert, após um recente esforço de revisão da literatura voltada a correlacionar estrutura de mercado e inovação, conclui que, no geral, as pesquisas realizadas não atingiram conclusões claras por deixarem de considerar diferenças entre mercados e tecnologias¹⁷¹. Para o autor, contudo, não está correto dizer que inexistente uma teoria coerente da relação entre estrutura de mercado e inovação, mas sim que há modelos diversos e que o desafio reside em saber qual deles é apropriado a determinada conjuntura de mercado em particular.¹⁷²

A partir da vasta revisão de estudos empíricos por ele entabulada, Gilbert conclui que há um “suporte modesto à proposição de que as inovações em processos, que tendem a ser usadas internamente, são mais lucrativas para grandes empresas, porque seus benefícios são proporcionais ao nível de produção ao qual se aplicam”.¹⁷³ Por outro lado e em relação à inovação em produtos, “há pouca evidência a suportar a visão schumpeteriana de que monopólios ou mercados altamente concentrados favorecem a inovação, e alguma evidência suportando a conclusão de que a inovação floresce em mercados competitivos”.¹⁷⁴

A maior parte da doutrina adere ao entendimento de que algum tipo ou grau de competição será saudável à atividade inventiva¹⁷⁵, não obstante reconheça que embora a rivalidade importe, a concentração de mercado não irá necessariamente determinar a sua existência ou o seu grau. Ainda assim, incentivos competitivos e retornos supracompetitivos parecem formar a equação ideal no fomento à inovação.

Apesar da ambiguidade do tema, há aprendizados advindos do esforço empregado pela academia em escrutinizar a relação entre competição e inovação. Jonathan B. Baker resume quatro ideias que podem ser extraídas das conclusões de

¹⁷¹ Ao tratar dos estudos empíricos, Gilbert dirá que grande parte das pesquisas sofre de um ou mais dos seguintes problemas: dados limitados em relação à atividade inventiva e a competição no mercado, ausência de distinção entre direitos de propriedade exclusivos e não-exclusivos, ausência de distinção entre inovação em processo e inovação em produtos, diferenças em oportunidades tecnológicas entre indústrias distintas ao longo do tempo, ausência de modelos estruturais para a inovação, e falha para afastar fatores externos. (GILBERT, Richard. Op cit., p. 162).

¹⁷² Ibid., p.164-165.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem (tradução livre).

¹⁷⁵ São exemplos: Michael Katz, David J Teece, Jonathan Baker e Richard Posner.

diferentes trabalhos publicados até aqui: (1) a competição pelo desenvolvimento de um mesmo produto ou processo em si, como no exemplo da corrida pela patente de Gilbert e Newberry, encoraja a inovação; (2) a existência de empresas rivais que competem com um produto idêntico ou similar as encoraja a inovar para reduzir custos, aumentar a qualidade ou diferenciar o produto – essa é uma forma de olhar para Arrow; (3) empresas que esperam encontrar uma maior competição no mercado do produto pós inovação tem menos incentivos a inovar – afinal, porque inovar se a inovação não servir ao propósito de escapar da competição; e (4) uma empresa terá um incentivo maior para inovar se seu investimento desencorajar outras empresas a investir em P&D – essa é uma derivação do princípio anterior, que também pode ser encontrada no trabalho de Gilbert e Newberry.¹⁷⁶

Não obstante a relação entre estrutura de mercado e incentivos à inovação permaneça em certa medida não solucionada, tal debate segue relevante ao reforçar que a concorrência pelo preço não é a única forma de concorrência que importa. Um dos grandes méritos de Schumpeter foi jogar luz na face da concorrência que se dá pela inovação e, a partir daí, convidar a refletir sobre como nem sempre essas dimensões distintas, estática e dinâmica, caminharão de mãos dadas. Essa complexidade, que torna o trabalho do Antitruste muito mais árduo, é capturada e expandida no conceito de concorrência multidimensional.

3.3 CONCORRÊNCIA MULTIDIMENSIONAL

A concorrência dos manuais e da economia neoclássica é a chamada concorrência estática – um modelo de análise útil, mas idealista e distante do caos e dinamismo que caracterizam os mercados na realidade. Por concorrência estática, deve-se entender a competição pela produção e oferta de produtos ao consumidor a preços mais baixos, o que geraria um maior bem-estar se comparado às situações de monopólio, como discutido na seção anterior.¹⁷⁷ O problema da concepção estática é que ela relega para o segundo plano a análise de ações estratégicas que orientam as

¹⁷⁶ BAKER, Jonathan B. Op cit, p. 579 – 580.

¹⁷⁷ TEECE, David J. Op cit., p. 210.

condutas dos agentes – “neste sentido, a concorrência neoclássica se transforma em sua antítese, isto é, na não-concorrência”.¹⁷⁸

Em oposição a ela, encontra-se a concorrência dinâmica, para a qual a inovação é um importante elemento definidor, mas não o único. A concorrência dinâmica abarca a atividade inventiva, mas também uma série de outras atividades que acirram a competição entre rivais, como a diferenciação entre produtos e a agilidade nas respostas a mudanças no mercado, como, por exemplo, mudanças nas preferências dos consumidores ou alterações na conjuntura econômica do setor. Traduz, portanto, de forma mais fidedigna as situações de concorrência no mundo real.¹⁷⁹

A Escola Austríaca já alertava que a noção de competição empregada pelos economistas não correspondia àquela da linguagem comum. Igualmente discutia o risco de a versão teórica ser tomada como padrão, enquanto aquela dos homens de negócio, encontrada no mercado, ser considerada um abuso, um desvio indesejável ou perigoso.¹⁸⁰ Friedrich Hayek ressaltava que a noção de concorrência perfeita pouco tinha de concorrência, por falhar em considerar os planos diversos de agentes econômicos distintos como resposta ao ambiente em que atuam e à informação de que dispõem em relação às ações de outros agentes econômicos. Em outras palavras, “que a competição é por natureza um processo dinâmico”.¹⁸¹

Para além dos preços, outras estratégias estão à disposição dos agentes econômicos na tentativa de triunfar sobre os seus pares: os processos inventivos e de inovação, a busca por uma maior qualidade ou diferenciação de produto, os investimentos na construção de uma reputação corporativa ou a exploração de economias de escala. Preço, inovação, qualidade, volume de produção, reputação, custo – é a multiplicidade de faces de um mesmo fenômeno, a concorrência no mercado, que empresta seu nome à expressão concorrência multidimensional.¹⁸²

¹⁷⁸ POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDE, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, 1996, p. 5.

¹⁷⁹ POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES, Jorge. PONDE, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, 1996, p. 211.

¹⁸⁰ HAYEK, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, p. 92.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸² “A aplicação do Antitruste irá geralmente resultar na substituição de uma combinação de formas competitivas por outras (...). Isso complica os cálculos de bem-estar do consumidor porque requer algum conhecimento da magnitude do efeito desta substituição e em como fazer escolhas de bem-estar

O economista norte-americano Harold Demsetz, em artigo no qual comenta se a empreitada do Antitruste teve sucesso cem anos após a promulgação do *Sherman Act*¹⁸³ nos Estados Unidos, discute o conceito de mercados multidimensionais e a perspectiva sombria, ainda que realista, que ele lança às autoridades concorrenciais. Afirmar Demsetz que a grande dificuldade na realização de uma política Antitruste efetiva está no fato de que, porque os mercados são multidimensionais, há muitos tipos distintos de concorrência (preço, inovação, produto, produção etc.) simultaneamente em jogo, e, muitas vezes, posicionados de forma inversamente proporcional.¹⁸⁴

Isso significa dizer, por exemplo, que determinada conduta pode concentrar o mercado e aumentar os preços, mas ao mesmo tempo favorecer a inovação. Nesta hipótese, ao Antitruste caberia avaliar as perdas a curto prazo em termos de eficiência estática *versus* os ganhos a médio ou longo prazo em eficiência dinâmica. Tal tarefa pressupõe, contudo, um denominador comum ao qual estas diferentes variáveis possam ser reduzidas e a partir do qual seja possível sua comparação. Esta ferramenta inexistente no estado atual do conhecimento econômico e coloca o Antitruste numa posição em que, quando dimensões do mercado estiverem inversamente correlacionadas, não lhe será possível realizar uma escolha informada e segura em relação ao que maximizará eficiência, isso é, promoverá um maior bem-estar social.¹⁸⁵

neste ambiente. Nem a teoria econômica ou evidências empíricas, neste estágio, oferecem uma base suficiente para realizar previsões a respeito da atuação do Antitruste neste contexto.” (WRIGHT, Joshua D. Antitrust, multidimensional competition and innovation: do we have an Antitrust-relevant theory of competition right now? In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 235 – tradução livre).

¹⁸³ O *Sherman Act*, juntamente com o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, compõem o principal corpo de legislação concorrencial norte-americano.

¹⁸⁴ DEMSETZ, Harold. **100 Years of Antitrust**: should we celebrate? Brent T. Upson Memorial Lecture, George Mason University School of Law, 1991.

¹⁸⁵ WRIGHT, Joshua D. Op cit, p. 231 et seq. No Brasil, em uma perspectiva crítica da realização de trade offs entre concorrência estática e dinâmica, Mario Luiz Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé argumentam que “embora na prática (a noção de trade offs) represente um progresso decisivo frente à prévia hegemonia absoluta da noção de eficiência alocativa estática como critério de bem-estar, seu enquadramento teórico predominante ainda é paretiano, na medida em que é identificada como eficiência alocativa intertemporal – uma alocação Pareto-ótima de recursos entre presente e futuro. No enfoque schumpeteriano, a noção de eficiência dinâmica dos mercados deve ser redefinida pela ótica da visão dinâmica da própria concorrência, e não apenas de seus efeitos alocativos. Nesta direção é preferível uma noção de eficiência seletiva dos mercados (...) que são vistos essencialmente como ambientes de seleção de inovações em sentido amplo. Uma operação eficiente dos mercados nesta acepção dispensa equilíbrio e otimização alocativa estática e implica um ambiente suficientemente competitivo (...) para que as inovações encontrem oportunidades adequadas para serem não só difundidas, como geradas e incorporadas num ritmo intenso, dentro dos limites

Os impactos desta dificuldade e o que ela significa para o manejo do Antitruste tornarão a ser abordados no último capítulo da presente dissertação. Ademais, se por um lado a teorização neoclássica e a concorrência baseada exclusivamente em preços hoje são sabidamente insuficientes para a compreensão da competição entre rivais e o papel da inovação no mercado, por outro é necessário cautela quanto ao papel da inovação nessa equação. Advogar que a concorrência dinâmica é uma forma mais qualificada de concorrência, devendo invariavelmente prevalecer sobre qualquer outra¹⁸⁶, é lançar o pêndulo ao outro extremo e desprezar a complexidade das relações entabuladas entre os agentes econômicos em dado mercado.¹⁸⁷

Ainda assim, não obstante o risco de se cair em excessos para qualquer lado, o perigo materializado atualmente não parece estar em um favorecimento da concorrência dinâmica sobre a estática, mas no contrário. Em que pese economistas e juristas que se dediquem ao Antitruste reconheçam a importância da inovação na promoção do bem-estar social e no desenvolvimento¹⁸⁸, as ferramentas empregadas

possibilitados pela tecnologia e pela limitação de recursos e dos padrões internacionais.” (POSSAS, Mario Luiz. Op cit., p. 24).

¹⁸⁶ Não se está a dizer que a concorrência dinâmica não é de extrema relevância, apenas que na discussão inovação *versus* preço, não há nada que hoje permita concluir pela absoluta preponderância de um sobre o outro. Em favor da concorrência dinâmica como uma forma superior de concorrência, David J. Teece argumenta que “com a concorrência dinâmica, novos entrantes e incumbentes se engajam no desenvolvimento de novos produtos e processos, e em outros ajustes à mudança. A introdução frequente de novos produtos, seguida por um rápido declínio nos preços, é comum. Novas inovações surgem de investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), e/ou da melhoria e combinação de tecnologias antigas. Há a introdução contínua de inovações em produto, e, de tempos em tempo, surgem designs dominantes.” (TEECE, David J. Op cit, p. 211 – tradução livre).

¹⁸⁷ Michael L. Katz e Howard A. Shelanski, ao comentar porque a concorrência dinâmica não pode ser defendida a qualquer custo e argumentando que mesmo na incerteza há um papel ao Antitruste, dirão que “a força deste argumento é limitada. Em algum momento, os benefícios de um aumento incremental nos incentivos à inovação serão suplantados pelos danos da perda de concorrência estática. Além disso, embora práticas excludentes possam gerar lucros que financiariam P&D ou fortaleceriam os incentivos de P&D ao aumentar o prêmio ganho por um inovador de sucesso, tais práticas também podem reduzir as pressões competitivas nos incumbentes para inovar. (...) essas práticas também podem tornar menos rentável ou mais difícil para que novos entrantes inovem de forma a perpetuar o ciclo da “destruição criativa” de Schumpeter. De fato, o governo arguiu que a Microsoft se engajou em tais práticas para impedir a concorrência schumpeteriana pela Netscape. Mesmo em mercados com potencialmente inovações muito significativas, o Antitruste pode desempenhar um papel relevante e benéfico. Logo, os interesses dos consumidores podem não ser mais bem atendidos por autoridades que fiquem a margem, não obstante o que alguns membros da escola schumpeteriana possam argumentar.” (KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. Op cit., p. 8-9, tradução livre). O caso *Microsoft*, mencionado pelos autores, talvez seja o mais paradigmático em termos de inovação predatória, tendo sido objetivo de disputa tanto nos Estados Unidos, quanto na União Europeia. Ele será discutido em detalhes em capítulo posterior.

¹⁸⁸ Nos Estados Unidos, a Federal Trade Commission (FTC), divisão responsável pelo Antitruste conjuntamente com o Department of Justice (DOJ), publicou em 2003 guia intitulado “*To Promote Innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*” (Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2019). Já no ano de 2006,

na análise de cenários que envolvem inovação permanecem essencialmente vinculadas à uma teoria microeconômica neoclássica, na qual a inovação tem um papel mais reduzido.¹⁸⁹

Seria uma inverdade, contudo, dizer que progressos não foram feitos. Em primeiro lugar, contestar o papel absoluto da concorrência estática e refletir sobre a concorrência dinâmica e sua promoção é um progresso por si só. Igualmente, compreender os atuais limites em termos de teoria econômica no que tange à inovação e sua promoção, a sua maneira, também beneficia o Antitruste – saber o que não se sabe tem valor e é essencial na prevenção de erros. Foi abandonada uma mentalidade que indaga se ao Antitruste caberiam considerações acerca da inovação rumo a um modelo em que se busca, não sem dificuldades, como incorporar a inovação nas análises concorrenciais. Finalmente, não obstante ainda persista uma dependência elevada de ferramentas microeconômicas estáticas, há searas em que a inovação tem sido lentamente introduzida e aperfeiçoada como critério de análise.

Um campo em que se buscou tal conciliação é na análise concorrencial de estruturas, mais notadamente em discussões envolvendo a introdução de um componente de inovação na delimitação e análise de um dos conceitos mais caros ao Direito da Concorrência: o mercado relevante.

3.4 CONCENTRAÇÃO, MERCADO RELEVANTE & INOVAÇÃO

A definição do mercado relevante é um dos passos mais importantes na análise antitruste. No contexto de potenciais condutas anticompetitivas, serve ao

Thomas O. Barnett, Assistant Attorney General do DOJ, assinou paper com o título “*The Gales of Creative Destruction: the need for clear and objective standards for enforcing section 2 of the Sherman Act*”. (Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/gales-creative-destruction-need-clear-and-objective-standards-enforcing-section-2-sherman>. Acesso em 09 de junho de 2019). No Brasil, o CADE, em seus “Indicadores da Concorrência” publicado em 2014, reconhece expressamente fatores como inovação, qualidade, produtividade e preços, dentre diversos outros, como categorias relevantes ao acompanhamento da evolução da concorrência em determinado mercado (Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-n-01-2014-indicadores-de-concorrenca.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2019).

¹⁸⁹ “A inovação está na melhor das hipóteses em segundo plano na teoria microeconômica. A presença da inovação complica a análise, destrói o equilíbrio e reduz o valor e utilidade da caixa de ferramenta que os economistas carregam. Isso causa ansiedade e tende a ser resistido pelos profissionais. Logo, a análise dinâmica é deixada de lado porque não é conhecida ou, se conhecida, causa o temor de que a reconhecer será hostil demais ao bem aceito e largamente praticado modelo analítico.” (TEECE, David J. Op cit., p. 209 – tradução livre).

propósito de avaliar tanto a existência de poder de mercado, quanto o grau de fechamento ocasionado pela conduta em questão. Já em atos de concentração, auxilia na avaliação da estrutura atual do mercado *versus* a sua projeção futura, caso aprovada a operação.

À etapa inaugural costuma se seguir uma indagação em relação à existência de poder de mercado¹⁹⁰ dos agentes que nele atuam, o que envolve o levantamento da parcela de mercado (*market share*) detida pelos competidores e a consideração de outros fatores, como a elasticidade cruzada de oferta e demanda, e investigações acerca da existência de barreiras à entrada de novos agentes.

Embora os conceitos de mercado relevante e *market share* operem como ferramentas analíticas que suportam o intérprete em seu trabalho, ambos são insuficientes. Especialmente em mercados caracterizados por altas taxas de inovação, a doutrina especializada tem questionado estas categorias tradicionais de análise, as quais não parecem dar conta de importante dimensão da concorrência que repousa na atividade inventiva.¹⁹¹ No Brasil, o próprio CADE corroborou essa afirmativa em algumas ocasiões, como quando analisou a proposta de aquisição da Pedidos Já pela concorrente Ifood¹⁹² ou nos mais recentes atos de concentração envolvendo a empresa de telecomunicação Telefônica.¹⁹³

Foi na seara de controle das estruturas, inclusive, que os mais notáveis avanços ocorreram na tentativa de harmonização da dimensão estática e dinâmica da concorrência em termos de política concorrencial.

Por este motivo, não obstante o foco do presente trabalho repouse nas condutas anticompetitivas e não nos atos de concentração, uma breve revisão da

¹⁹⁰ Sempre que ao longo deste trabalho for utilizada a expressão “poder de mercado”, será tomada a definição de Patrícia Sampaio, para quem o conceito engloba “a capacidade de um agente determinar comportamentos econômicos alheios diversamente do que se verificaria em um ambiente concorrencial, tanto do ponto de vista da oferta quanto da demanda.” (**Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89-90).

¹⁹¹ É o caso dos trabalhos de David J. Teece, Michael Katz e Howard Shelanski, Richard Gilbert e Steven C. Sunshine, e Mario Luiz Possas et. al, para citar alguns exemplos.

¹⁹² Ato de concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures BV e Rocket Internet SE. Aprovado sem restrições em 9 de março de 2018. A Superintendência-Geral do CADE assim se manifestou ao analisar a operação: “a dificuldade de aplicação das ferramentas de análise tradicionais começa desde a discussão de mercado relevante (...). Por se tratar de mercado novo e em rápida transformação, é especialmente desafiador traçar diagnósticos sobre a dinâmica competitiva, identificar tendências de mercado, avaliar condições de rivalidade ou mesmo de comportamento dos consumidores”.

¹⁹³ Ato de concentração nr. 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefônica SA, Assicurazioni Generali Spa, Intesa Sanpaolo SpA e Mediobanca SpA. Aprovada com restrições em 31 de março de 2015; Ato de concentração nr. 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil SA, Telefônica SA, GVT Participações SA e Vivendi SA. Aprovado com restrições em 31 de março de 2015.

literatura a respeito do papel da inovação na análise das estruturas se mostra prudente por uma dupla razão. Em primeiro lugar, o conceito de mercado relevante interessa igualmente à análise de condutas. Em segundo lugar, apesar das incertezas envolvidas no trinômio inovação, preço e concorrência, as propostas de incorporação da noção de inovação na análise concorrencial das estruturas auxilia a recordar que acomodações são possíveis em seu manejo pelo Antitruste, ainda que dentro dos limites teóricos e empíricos atuais.

3.4.1 Mercado relevante, poder de mercado e o teste do monopolista hipotético

Mercado relevante é o espaço dentro do qual a empresa trava suas relações de concorrência, ou seja, o *locus*, geográfico e material, em que atua o agente econômico sob referência. Tal conceito compreende a dimensão geográfica, isso é, a área territorialmente delimitada em que as relações de concorrência ocorrem, e a dimensão material, a qual considera os produtos e serviços que competem entre si.¹⁹⁴ A definição do mercado relevante é essencial para fins de análise de estrutura (para apurar a concentração), assim como para fins de análise de conduta (para apurar potenciais efeitos anti e pró competitivos).

Mario Luiz Possas dirá que o mercado relevante “é o menor mercado, no sentido de menor espaço econômico, que permite (o) exercício (...) de poder de mercado”.¹⁹⁵ Tal definição está conectada com o chamado teste do monopolista hipotético, instrumento analítico norte-americano incorporado nas diretrizes de análise brasileiras. Ao simular um “pequeno, mas significativo e não transitório” aumento no preço por uma empresa com poder de monopólio, esse teste busca avaliar as substituições (trocas por outros produtos ou serviços) motivadas pelo aumento de preços e realizadas pelo consumidor para, assim, determinar o mercado relevante.¹⁹⁶

O grau de substituição ou de elasticidade cruzada da demanda assume papel relevante, pois produtos e serviços com alta elasticidade cruzada deverão figurar em um mesmo mercado relevante. Isso ocorre porque os consumidores lhe atribuem

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula. Op cit., p. 210 et seq.

¹⁹⁵ POSSAS, Mário Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, 1996.

¹⁹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em 16 de junho de 2019.

utilidades próximas, embora não idênticas, e estarão dispostos a migrar, isso é, trocar um pelo outro na eventualidade de um aumento de preços significativo e não transitório.

Além disso, deve-se realizar uma análise da elasticidade cruzada de oferta, isso é, de potenciais competidores (entrantes) que poderiam ingressar no mercado com seus produtos e rivalizar com os agentes lá estabelecidos (incumbentes). Interessa aqui principalmente a capacidade ociosa que poderia ser direcionada ao mercado relevante.¹⁹⁷ Tal definição está estreitamente conectada com uma análise das barreiras à entrada e custos de saída de um dado mercado, que quanto mais baixos forem, maior rivalidade potencial propiciarão, servindo como um freio ao exercício de eventual abuso pelos detentores de poder de mercado.¹⁹⁸

É de se notar que o teste do monopolista hipotético tem sido objeto de críticas mesmo fora do âmbito da inovação, geralmente acompanhadas de uma menção à chamada “falácia do celofane”. Tal expressão se originou de análises críticas a um julgamento da Suprema Corte norte-americana envolvendo a empresa Du Pont nos anos 50.¹⁹⁹ No caso em tela, a Du Pont, defendendo-se de uma acusação de abuso de posição dominante no mercado de papel celofane, alegou não possuir tal posição pelo fato de, ao alterar o preço do celofane, a procura por outros tipos de produtos (papel manteiga e filmes plásticos, por exemplo) aumentar. Logo, concluiu que o mercado relevante não poderia ser o do papel celofane, mas sim o de embalagens flexíveis, no qual não teria dominância, nem a capacidade de excluir concorrentes. A Suprema Corte norte-americana acolheu os argumentos de defesa da Du Pont e julgou o caso a seu favor.

Nos anos que se seguiram à decisão, a doutrina reconheceu que o teste do monopolista hipotético e a identificação de elasticidade cruzada não implicam a intercambialidade do produto. Pode ser que a migração causada pelo aumento de preço não seja uma demonstração da existência de produtos de igual utilidade, mas expressão de posição dominante ou de seu abuso, que força os consumidores a uma

¹⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., p. 105-106.

¹⁹⁸ “Vale, contudo, a advertência: a possibilidade de alteração da produção deve ser ‘fácil, rápida e provável’. O potencial fabricante há de, efetivamente, deter condições (know-how, pessoal e equipamentos) de iniciar a fabricação de outro bem, as perdas decorrentes de eventual saída do mercado em caso de insucesso (sunk costs) devem ser reduzidas e barreiras à entrada transponíveis sem grandes esforços ou investimentos.” (FORGIONI, Paula. Op cit., p. 224).

¹⁹⁹ U. S. v. Du Pont 351 U.S. 377 (1956)

opção à qual atribuem utilidade inferior diante da impossibilidade de arcar com os preços elevados do produto de sua preferência. Tais preços elevados podem ser supracompetitivos, resultado do exercício de poder de monopólio ou seu equivalente.²⁰⁰

Trazida a definição do mercado relevante, é necessário verificar a existência de poder de mercado. O conceito de parcela de mercado (*market share*) é bastante utilizado para esta finalidade. Quanto maior a parcela de mercado detida por uma empresa, maiores as chances de ela deter poder de mercado.²⁰¹ Essa análise deverá ser realizada considerando-se também a parcela de mercado detida por seus rivais em dado segmento. Outros fatores como a disponibilidade ou facilidade de captação de recursos financeiros do agente ou de seu grupo econômico, o grau de integração vertical do processo produtivo, e a presença de monopólio legal conferido sob a forma de propriedade intelectual são igualmente variáveis a serem tomadas na análise das autoridades.

Contudo, esta análise tradicional, que se inicia com a definição do mercado relevante, se ampara no teste do monopolista hipotético e inquire sobre poder e parcela de mercado, pode se mostrar inadequada para as indústrias de alta tecnologia.

Em primeiro lugar, nestes mercados de alta tecnologia há uma maior diferenciação de produtos, até que surja um padrão dominante e, como resultado, uma maior diferença de preço entre eles. Em outras palavras, a competição pré-surgimento de um padrão dominante nestes mercados está menos na esfera do preço e mais nas características do produto – uma realidade muito distante de mercados de commodities, os quais, por sua vez, se encaixam melhor nas premissas do teste do monopolista hipotético.²⁰²

Em segundo lugar, quando se fala de mercados com altas taxas de inovação, a definição de mercado relevante não pode mais se restringir ao presente (ou a um horizonte temporal curto, nos casos de atos de concentração), mas deve considerar também o potencial mercado de produtos futuros. Essa é uma dura tarefa, já que

²⁰⁰ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., p. 98 et seq.

²⁰¹ No Brasil, o art. 36, §2º da lei 12.529/2011 dispõe que a posição dominante “é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Tal critério constitui, portanto, indicativo passível de ser flexibilizado na análise do caso concreto.

²⁰² TEECE, David J. Op cit., 2011, p. 221.

muitas vezes nem mesmo a empresa responsável pelo produto saberá indicar com precisão o seu provável posicionamento em alguns anos.²⁰³

Em terceiro lugar, o poder de mercado agora não pode ser determinado unicamente a partir do *market share*. Conceito insuficiente mesmo em cenários estáticos, o *market share*, por ser uma fotografia da posição da empresa em dado mercado, não serve para avaliar suas capacidades, aptas a constituir um indicativo de como ela se sairá no futuro, de forma acurada.²⁰⁴ Além disso, em ambientes de rápida mudança, a relevância do *market share* diminui porque a competição *pelo* mercado passa a ser tão relevante quanto a competição *no* mercado.²⁰⁵

Por fim, é necessário um alargamento do que se infere como concorrência potencial. Muitas vezes inovações disruptivas advêm de agentes que surgem fora do mercado em que ingressam (os chamados *outliers*), em linha com a destruição criativa schumpeteriana. A teoria dominante não está formatada hoje para considerar tais situações.²⁰⁶ Não é difícil compreender por quê. Se há uma dificuldade latente em estabelecer o mercado relevante e os agentes que nele atuam no presente, o que dizer da extensão deste horizonte temporal e da inclusão de mercados de produtos futuros.

3.4.2 A introdução da inovação no conceito de mercado relevante e as análises de concentração

Na análise concorrencial habitual define-se inicialmente o mercado relevante e, na sequência, os agentes que nele atuam. O poder de mercado desses agentes é analisado preponderantemente a partir da fatia de mercado que cada um detém. A facilidade para novos competidores ingressarem no mercado sob análise também é considerada ao se investigar a existência de potenciais barreiras à entrada, porém

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ “Se uma empresa vem perdendo terreno consistentemente, suas patentes estão prestes a expirar ou suas reservas minerais essenciais estão a ponto de se esgotar, então as vendas atuais ou a parcela de mercado detida pela empresa pode seriamente sobestimar sua capacidade competitiva futura.” (HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust Policy**: The law of competition and its practice. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011. p. 572).

²⁰⁵ KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard. Merger Policy and Innovation: must enforcement change to account for technological change?. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs.). **Innovation policy and the economy**, v. 6. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 123-125).

²⁰⁶ Ibid., p. 122 et seq.

somente na medida em que essa nova concorrência potencial seja provável e possa ocorrer de forma quase imediata. Contudo, este tipo de análise, como visto, é por diversas razões insuficiente em ambientes com altas taxas de inovação

É neste contexto, e para tentar endereçar parte das dificuldades enquanto se busca determinar se uma concentração de mercado tende a diminuir a inovação, que os economistas Richard Gilbert e S. Sunshine propuseram o conceito de mercados de inovação (*innovation markets*).²⁰⁷

A teorização destes autores está muito ligada ao que se poderia chamar de mercados de P&D por envolver a definição do tipo de recursos necessários à inovação e a identificação de quais agentes os possuem. A análise por eles proposta poderia ser resumida nos seguintes passos: (1) Identificação das atividades de P&D que coincidam entre os agentes objeto da concentração; (2) Busca de outras empresas que poderiam executar estas atividades de P&D; (3) Análise da concorrência real e potencial de produtos no mercado; (4) Análise do aumento da concentração em P&D; e (5) Análise das eficiências em P&D, incluindo dos efeitos pró competitivos na forma de incentivos.²⁰⁸

Os autores advertem, contudo, que sua estrutura de análise deve ser empregada tão somente em mercados nos quais as atividades de P&D voltadas à inovação em determinado produto ou processo dependam de ativos ou capacidades escassos e bem delimitados, que sejam detidos pelas empresas analisadas.²⁰⁹

David J. Teece comenta que há um foco excessivo em P&D no conceito de mercados de inovação de Gilbert e Sunshine. Na visão do autor, as atividades de P&D são apenas um dos componentes relevantes da inovação, mas as habilidades e recursos que uma empresa deve ter para inovar com sucesso vão muito além. Além disso, Teece pontua que a concentração de P&D não diz muito sobre o resultado da inovação, com exceção de setores e cenários mais fortemente caracterizados por mudança tecnológica cumulativa. Por estes motivos, sugere que uma análise um pouco mais ampla, focada nos recursos ou nas capacidades da empresa, incluindo

²⁰⁷GILBERT, Richard J. SUNSHINE, Steven C. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, vol. 63, n. 2, 1995.

²⁰⁸ Ibid., p. 594 et seq. É interessante notar que o conceito de um mercado de P&D é reconhecido expressamente pelo DOJ e FTC na versão de 2017 do *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. (Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>. Acesso em 23 de junho de 2019).

²⁰⁹ GILBERT, Richard J.; SUNSHINE, Steven C. Op cit., p.588.

fatores menos tangíveis, como experiência e conhecimento acumulado, seria mais adequada.²¹⁰ É de se observar, contudo, que a análise das capacidades da empresa pode se mostrar complexa demais para ser executada, uma vez que exige uma tomada investigativa em nível bastante detalhado por agente num dado mercado.

Neste sentido, em mercados nos quais a inovação desempenha um papel preponderante, Teece defenderá que a concentração de entidades distintas deve preocupar somente se estas forem as únicas entidades com as capacidades necessárias a inovar em determinada área.²¹¹ Mesmo na esfera da inovação, contudo, este parece ser apenas um elemento relevante à investigação.

O *2010 Horizontal Merger Guidelines*, documento que identifica os elementos considerados pelas autoridades norte-americanas na análise de fusões e aquisições entre concorrentes, por exemplo, adota uma posição consoante com o reconhecimento da multidimensionalidade dos mercados, mesmo daqueles destacados em inovação. Especificamente no quesito de inovação, além do elemento de análise defendido por Teece, indica a necessidade de se avaliar se uma das empresas envolvidas na concentração está empregando esforços para introduzir um novo produto que poderia capturar uma parte representativa do faturamento da outra ou se possui capacidades que tornam provável tal desenvolvimento.²¹²

Já no âmbito da União Europeia, papel similar é exercido pelo documento intitulado *Guidelines on the assessment of horizontal mergers*. Publicadas em 2004, as diretrizes europeias mencionam expressamente, ao tratar de *market share*, a relativização de seu papel na análise de concentrações horizontais a depender da estrutura do mercado, citando os exemplos de mercados altamente dinâmicos e com estrutura instável em função de inovação ou crescimento.²¹³

No Brasil, o CADE possui o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, o qual igualmente expressa preocupação com as múltiplas formas pelas quais a concorrência pode se dar e que podem afetar o bem-estar do consumidor pós-

²¹⁰ TEECE, David J. Op cit., 2011, p. 223-225.

²¹¹ Ibid., p. 225-226.

²¹² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. FEDERAL TRADE COMMISSION. **2010 Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2019.

²¹³ EUROPEAN COMMISSION. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>. Acesso em 16 de junho de 2019.

concentração. É interessante notar que o documento menciona expressamente, assim como o faz o guia norte-americano e a diretriz europeia, a necessidade de se considerar na análise se a concentração não resultaria na eliminação de empresas disruptivas (*mavericks*), cujo comportamento, em certa medida independente, possa disciplinar os preços e estratégias de empresas que detenham maior fatia do mercado em benefício do consumidor.²¹⁴

O CADE tratou desta questão recentemente, ao analisar a aquisição de participação pelo Banco Itaú no capital da corretora XP Investimentos, considerada uma *maverick* pela autoridade. Neste caso, apesar do ato de concentração sob discussão resultar numa alteração pouco significativa do HHI²¹⁵, a presença de uma *maverick* fez com que o CADE continuasse sua análise para determinar a probabilidade de exercício de poder de mercado. Ao final, aprovou por maioria e com condições a operação.²¹⁶

Fato é que se tem observado uma preocupação e ênfase crescentes da doutrina especializada e das autoridades concorrenciais ao fator inovação, especialmente em mercados altamente dinâmicos. Em que pese algumas limitações da teoria econômica e dos mecanismos tradicionais de análise antitruste, a melhor abordagem tem sido aquela sensível à realidade empírica de cada caso, para, a partir dela, alterar o ferramental utilizado e o peso dado a variáveis distintas de análise, incluindo preço e inovação.

A pergunta talvez não seja se a inovação é uma forma mais qualificada de concorrência quando comparada aos preços, mas em que mercados ou situações ela pode de fato assumir um protagonismo, ainda que a análise jamais possa ser reduzida a essa única variável.

²¹⁴ “Empresas mavericks são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo. Geralmente são empresas com um baixo custo de produção e uma baixa precificação que força os preços de mercado para baixo ou empresas que se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento em que atuam. (...) O CADE pode considerar que o ato de concentração que envolva uma empresa com uma estratégia de liderança de custos, de inovação ou de nicho, por exemplo, pode diminuir a concorrência atual ou potencial do segmento, diminuir a rivalidade e desestimular a inovação no mercado em análise, ainda que a variação do HHI seja baixa.” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em 16 de junho de 2019).

²¹⁵ O HHI (Herfindal - Hirschman Index) é o índice utilizado pelo CADE para auferir o nível de concentração do mercado em fusões e aquisições.

²¹⁶ Ato de concentração nr. 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco SA e XP Investimentos SA. Aprovada com restrições em 20 de março de 2018.

3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

Se a inovação é desejável, é lógico buscar-se compreender o que incentiva os agentes a inovarem, de forma a maximizar a quantidade de inovação produzida. Tal investigação pode ser realizada a partir de vários ângulos. Pode-se perguntar, por exemplo, qual tamanho de empresa reúne mais condições para inovar, ou, ainda, qual regime de propriedade intelectual oferece um nível ótimo de proteção ao inventor *versus* a disponibilização do resultado da atividade inventiva em um domínio comum. Um dos grandes debates a perpassar boa parte dos últimos quase cem anos diz respeito a qual estrutura de mercado favorece a inovação — se o monopólio, a concorrência ou algum arranjo intermediário.

Schumpeter, na década de 30 do último século, aventou a tese de que a força motriz do capitalismo são ondas de destruição criativa, por meio das quais uma inovação substitui o atual padrão por outro, em uma sucessão de monopólios temporários, cujos lucros seriam essenciais ao investimento em P&D. Arrow, nos anos 60, concluiu ser a competição a melhor estrutura para promover inovação. Outros autores²¹⁷ também se debruçaram sobre o tema, seja refinando as construções de Schumpeter e Arrow, ou propondo teorias intermediárias. Ainda assim, não se pode afirmar que haja uma conclusão definitiva ao dilema entre concentração e inovação, embora hoje sejam várias as vozes a advogar que ao menos algum grau de concorrência seja desejável na promoção da inovação entre agentes.

Mais do que qual estrutura de mercado favorece a inovação, atualmente o debate está focado em discutir se a concorrência na esfera da inovação seria uma forma de concorrência mais qualificada do que aquela que ocorre nos preços.

A corrente neoschumpeteriana defende que, em decorrência do processo de destruição criativa, a dimensão mais relevante da competição é a da inovação, não dos preços. E, como tal, entende que a análise antitruste deve estar mais preocupada em garantir os incentivos corretos para que a inovação se desenvolva e menos em uma redução imediata ou breve de preços. Tais autores²¹⁸ oferecem uma contribuição importante ao, como a Escola Austríaca já havia feito, lembrar da insuficiência de uma

²¹⁷ É o caso de Richard Gilbert, David Newberry, Jennifer Reinganum, Philippe Aghion e outros.

²¹⁸ Dentro os quais pode-se citar David Teece, nos Estados Unidos, e Mario Luiz Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé, no Brasil.

análise estática de concorrência perfeita e favorecer a introdução de um componente dinâmico na reflexão, especialmente em tempos de mercados que reúnem as características da chamada nova economia.

Contudo, a afirmação de que a concorrência na dimensão da inovação deve sempre ser favorecida em detrimento da concorrência na dimensão de preço demanda cautela. Como a noção de mercados multidimensionais de Demsetz ressalta, inovação e preço não são nem mesmo as únicas dimensões pelas quais empresas competem em dado mercado. A elas somam-se outras como reputação e qualidade, por exemplo, e não raro aumentar o nível de concorrência em uma dessas dimensões implica reduzir o nível de concorrência em outra. Tais *trade offs* entre as diferentes formas de concorrência que convivem em um mesmo espaço são, no nível atual de conhecimento, impossíveis de serem realizadas com absoluta segurança, o que dificulta o trabalho do Antitruste.

Em que pese tais dificuldades, algum progresso tem sido realizado. Compreender a limitação da teoria econômica presente, por exemplo, induz à análise cautelosa dos casos concretos. Há também a tentativa de construção de estruturas de análise práticas, com o objetivo de se contornar em parte tais dificuldades, como se vê na introdução do componente de inovação nas análises de concentração de mercado.

Por ora, a conclusão parcial é de que inovar importa. Como introduzir esta variável na equação formada entre estrutura do mercado, comportamento de seus agentes e a geração de bem-estar ao consumidor é uma questão mais complexa. Questão essa que perpassa não só as tensões entre dimensões da concorrência que se encontram dentro da análise do Antitruste, mas a relação da própria disciplina do Antitruste com aquela da Propriedade Intelectual, tendo em vista que não raro a inovação está sujeita à proteção de um monopólio legal.

A materialização de tais tensões é nítida nas discussões envolvendo as chamadas inovações predatórias. Antes que se possa chegar a elas, contudo, um interlúdio é necessário: a revisão da literatura sobre as vendas casadas, categoria com a qual a inovação predatória guarda uma relação próxima.

4 A DISCIPLINA TRADICIONAL DAS VENDAS CASADAS

O presente capítulo faz um desvio da inovação como fio condutor da dissertação para apresentar a última base teórica necessária ao entendimento da inovação predatória: as vendas casadas. A compreensão das vendas casadas é passo anterior e necessário à discussão da integração tecnológica e dos redesenhos que geram incompatibilidade, uma vez que tais condutas operam por mecanismos análogos à vinculação entre produtos distintos ou à recusa em licenciar.

A presente seção discutirá o tratamento conferido às vendas casadas pelos diplomas consumerista e concorrencial brasileiros, e, comparativamente, pela lei antitruste norte-americana. Serão igualmente abordados os elementos de aferição da conduta e as teorias econômicas versando sobre possíveis efeitos anticompetitivos e eficiências associadas à prática.

O objetivo é desmistificar algumas concepções correntes, mas sem qualquer respaldo em teoria econômica, a respeito do que são, para que servem e que efeitos geram as vendas casadas. Dessa forma, o que se espera é que a análise da integração tecnológica possa ser realizada livre de determinados pré-conceitos e de teorias já ultrapassadas.

4.1 VENDAS CASADAS, DIREITO DO CONSUMIDOR E ANTITRUSTE

A venda casada (*tying arrangement* ou *tie in*) é conduta em que a aquisição de determinado produto ou serviço é vinculada à aquisição de item diverso. Tem-se a união de um produto principal ou subordinante a um produto vinculado ou subordinado. Tal definição, contudo, é insuficiente, não obstante seja adotada pelo Código de Defesa do Consumidor no Brasil.²¹⁹

²¹⁹ Esse é o motivo, aliás, pelo qual o brasileiro erroneamente enxerga como epítome da venda casada o Mc Lanche Feliz ou, ainda, a comercialização de ovos de Páscoa com brinquedos ou itens promocionais diversos. As autoridades consumeristas têm reforçado essa concepção errônea. O PROCON-SP, por exemplo, multou a rede Mc Donald's em 3,19 milhões de reais em decorrência de uma alegada prática de venda casada verificada nos combos de lanches com itens de apelo infantil que compunham o Mc Lanche Feliz. Tal multa foi posterior e corretamente anulada pelo judiciário. (Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/07/31/mcdonalds-se-livra-de-multa-milionaria-por-venda-casada-de-brinquedos.htm>. Acesso em 18 de janeiro de 2019). Já a orientação de que a comercialização de ovos de Páscoa com brinquedos ou outros itens promocionais é ilícita é dada aos consumidores pelo próprio IDEC, importante entidade de proteção ao consumidor

Entender que tal vinculação bastaria para configurar a ilicitude da conduta implicaria condenar a comercialização de carros com rodas e pneus, de pares de sapatos, casacos com botões ou exigir a venda de determinados produtos exclusivamente a granel. Os exemplos são risíveis, mas didáticos o bastante para demonstrar que a condenação de toda e qualquer venda conjunta de produtos ou serviços é insustentável. Como afirmam Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, vive-se em um mundo de pacotes e não no mundo *à la carte* da Economia.²²⁰ No mundo real uma enorme gama de produtos e serviços é comercializada de forma agrupada porque é mais eficiente fazê-lo, mas os modelos econômicos neoclássicos ignoram essa realidade e são erigidos a partir de uma ficção, na qual os consumidores pagam na proporção de que consomem, desconsiderados quaisquer custos de transação.²²¹

Se se vive em um mundo de pacotes, mas tudo pode, em teoria, ser dividido, é necessário indagar que elementos separam a vinculação lícita de produtos e serviços daquela tida como conduta anticompetitiva e ilícito concorrencial. Em outras palavras, a primeira pergunta a ser feita na investigação das vendas casadas é onde reside o corte artificial²²² a embasar enquadramentos diversos para hipóteses que, na leitura fria da lei, podem criar a ilusão de guardar certa identidade.

A identificação e materialização dos elementos que demarcam a passagem da licitude para a ilicitude estão atreladas à existência de efeitos anticompetitivos reais ou potenciais. Isso porque a Lei 12.529/2011, norma antitruste brasileira, embora traga previsão expressa das vendas casadas como infração à ordem econômica, adequadamente as condiciona à produção de determinados efeitos, como a limitação da concorrência ou a dominação de mercado. Essa é a melhor exegese de seu art. 36, caput e 3º, XVIII, que assim dispõem:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

no Brasil. (Disponível em: <https://idec.org.br/em-acao/em-foco/ovo-de-pascoa-ilegal-denuncie-e-boicote>. Acesso em 18 de janeiro de 2019).

²²⁰ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Bundling and unbundling in new technology markets. In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. 1.ed. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 80-81).

²²¹ Ibidem.

²²² A expressão “corte artificial” é tomada de empréstimo de Paula Forgioni (Op cit, 2010, p. 321).

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

Os efeitos indesejados podem, ainda, ser objeto de sopesamento com eventuais eficiências econômicas, decorrentes da conduta, que representem benefícios aos consumidores. Dessa forma, se tais eficiências preponderarem sobre os efeitos anticompetitivos, não haveria que se falar em ilicitude. Tal sopesamento corresponde ao padrão de análise concorrencial denominado regra da razão norte-americano (*rule of reason*), não obstante, especificamente para as vendas casadas, os Estados Unidos utilizem regra de aferição distinta, denominada *quasi per se*²²³.

O CADE tem se pautado pela regra da razão em suas análises, inclusive no caso das vendas casadas, sopesando efeitos negativos e eficiências advindos de determinada conduta de modo a verificar se ela é socialmente benéfica ou nociva. No Brasil, a exemplo dos Estados Unidos, a regra de ilicitude *per se* é empregada apenas para casos cujos efeitos invariavelmente negativos não justificam os custos de ponderação no caso concreto, como é o caso, por exemplo, dos cartéis.²²⁴ A regra *quasi per se* norte-americana não encontra correspondente no Brasil.

²²³ A regra *per se* modificada ou *quasi per se* dirá que a venda casada será ilícita se satisfeitos determinados critérios, os quais foram enumerados pela Suprema Corte dos Estados Unidos por ocasião do julgamento do caso *Jefferson Parish vs Hyde*, que ainda será objeto de análise nesta dissertação. Na ocasião deste julgamento, quatro juízes votaram pela aplicação da regra da razão, posição hoje suportada pela maior parte da doutrina, mas foram vencidos pela maioria. É de se notar, contudo, que apesar da decisão da Suprema Corte nos anos 80 aplicar a regra *quasi per se*, desde então há decisões de instâncias jurisdicionais inferiores aplicando a regra da razão. Exemplo recente foi a decisão proferida pelo 10º Circuito no caso *Suture Express v. Owens & Minor*, No. 16-3065 (10th Cir. 2017).

²²⁴ Conforme voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, na Consulta n. 08700.001540/2018-62, em que figuram como interessados SINTRACON e SEVEICULOS, “se houver o entendimento de que uma infração é *per se*, então, não há necessidade do Cade demonstrar seus efeitos líquidos sobre o mercado previamente especificado. Isto porque tem-se como hipótese implícita que o efeito ao bem-estar é negativo sempre. Enfatizo: sempre! Isto quer dizer que não há qualquer benefício para o bem-estar social com a conduta ou, se houver, este é menor do que seu custo. (...) Portanto, por economia processual, é desnecessária uma análise pela regra da razão. A análise é, assim, *per se*”. E, ainda, falando sobre os cartéis de fixação de preço, divisão de mercado e fraude à licitação (*hard core*), “somente nesta classe de conduta a teoria econômica corrobora o fato de que não há qualquer benefício para a sociedade com a conduta e, em particular, para o consumidor. Portanto, por economia processual, é cabível a autoridade antitruste ficar desobrigada de demonstrar os ‘efeitos líquidos’ da conduta”.

Por outro lado, a Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, se vale de uma definição simplista da venda casada em seu art. 39, I, que aduz:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

A regra poderia se revista a fim de serem evitadas duas habituais interpretações errôneas: (1) de que as vendas casadas se constituem pela simples existência de vinculação na aquisição de um produto ou serviço à outro, sendo desnecessária a presença de outros elementos; e (2) de que as vendas casadas sempre serão ilícitos *per se*, independentemente dos efeitos reais ou potenciais produzidos, bem como eficiências existentes. Considerando que o Antitruste tem como objetivo maior a proteção do consumidor, para a qual a proteção da concorrência é instrumental, não haveria nenhuma perda a este grupo manter tal provisão na seara unicamente concorrencial. Muito pelo contrário.²²⁵

A regra trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, antes de promover o direito de escolha do consumidor, se afigura como um recurso míope que, desatento aos resultados que produz no mundo real, pode colocar o consumidor em situação pior do que estaria sem a existência de tal regulamentação, ao induzi-lo a um equívoco quanto aos direitos assegurados pela norma.²²⁶ Por este motivo e para que o consumidor seja efetivamente tutelado, é imperativo que, enquanto as previsões do

²²⁵ “Essa ubiquidade, antes de oferecer maior proteção ao bem-estar do consumidor, gera antinomia de difícil solução pela dogmática jurídica. Enquanto para a doutrina de defesa do consumidor a venda casada é considerada um ilícito “per se”, para a defesa da concorrência sua ilicitude é analisada pela ‘regra da razão’, que no direito brasileiro se traduz pela necessidade da demonstração dos efeitos (...) e da análise das eficiências (...). O reconhecimento da venda casada como prática abusiva ‘per se’ pela defesa do consumidor, independentemente da análise dos efeitos e razões do empresário, além de criar verdadeiro conflito entre as duas normas (norma mais restritiva esvazia norma menos restritiva), pode levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor. (...) Assim, para que se caracterize a infração do art. 39, I, do CDC, é preciso: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; (iii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.” (BADIN, Arthur. Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 5, 2005, p 53).

²²⁶ “Como no caso em que um indivíduo ajuizou demanda judicial para obrigar o restaurante Mc Donald’s a vender em separado um brinquedo oferecido como brinde no McLanche Feliz. Quando seria o grande dano à dignidade do consumidor, considerando a sua liberdade de comprar os mais variados brinquedos em lojas especializadas? Absolutamente nenhum. Para a sociedade, houve o dano de custear uma ação judicial que resultou na condenação ao pagamento de R\$1,00 (um real).” (BODART, Bruno. Uma análise econômica do Direito do Consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, 2017, p. 134).

diploma consumerista e concorrencial sobre vendas casadas coexistirem, sejam interpretadas conjuntamente. Em termos práticos, isso significa que a previsão consumerista deverá ser lida em atenção a outros elementos e efeitos produzidos, ainda que potencialmente.²²⁷

4.2 ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DA ILICITUDE

Excetuada a existência de produto ou serviço vinculante e vinculado, e, no caso da legislação antitruste, a produção de efeitos, inexiste na legislação brasileira previsão dos elementos que caracterizam a venda casada. O enunciado dos elementos caracterizadores da conduta igualmente inexiste na letra da lei norte-americana ou europeia. Isso não significa, contudo, que no estágio atual o intérprete careça de parâmetros para aferição da conduta. Seus elementos caracterizadores hoje gozam de relativa concordância na doutrina e jurisprudência, aqui incluídas as decisões emanadas pelas Cortes e autoridades administrativas.

Paula Forgioni e Calixto Salomão Filho, para além da parte expressa na letra da lei sobre a existência de vinculação entre produtos e a produção de efeitos, concordam que a coerção é elemento essencial à configuração das vendas casadas. Contudo, se para Paula Forgioni o elemento final a se somar a esta definição é a existência de poder econômico²²⁸, para Calixto Salomão Filho será a dependência²²⁹. É sobre tais elementos que a presente seção irá versar, valendo-se, precipuamente, da jurisprudência norte-americana.

4.2.1 Vinculação de dois produtos distintos

As vendas casadas podem ser contratuais ou virtuais. Serão contratuais quando a obrigação de aquisição conjunta do produto vinculado for imposta por meio de contrato, e virtuais quando há algum tipo de integração entre os produtos que dispensa previsão contratual expressa. É possível ainda utilizar a expressão pacotes (*bundles*) para denotar casos em que quantidades fixas de determinados produtos

²²⁷ BADIN, Arthur. Op cit., p. 81.

²²⁸ FORGIONI, Paula. Op cit., p. 321.

²²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial** – As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 225.

são comercializadas em conjunto.²³⁰ Se os itens que compõem um pacote são comercializados tanto conjunta quanto separadamente, trata-se de uma oferta combinada (*mixed bundling*).²³¹

Compreender o que torna dois produtos ou serviços interessa não apenas na seara das vendas casadas virtuais, na qual o agrupamento físico ou por meio de código entre soluções distintas pode ser difícil de distinguir, como também em sua modalidade contratual. Mais do que isso, a ideia do que constitui um único produto é historicamente variável. Tome-se o exemplo dos automóveis. Atualmente se espera que o veículo venha de fábrica com uma série de requisitos que seriam considerados adicionais algumas décadas atrás, como sistema de som e *air bag*. O mesmo pode ser dito dos telefones celulares, segmento na qual a inovação oferecida pelas *smartphones* em larga medida está atrelada às funções que o aparelho passa a acumular, para além daquela de telefone móvel.

Um dos mais emblemáticos casos envolvendo vendas casadas foi a decisão proferida nos anos 80 pela Suprema Corte norte-americana no caso *Jefferson Parish Hospital v. Hyat*.²³² A importância de tal decisão é múltipla: abandona o tratamento *per se* da prática em favor de uma análise *quasi per se*, elenca os elementos necessários à configuração da ilicitude e, no que é mais relevante à presente seção, desenvolve um teste para aferir se há uma vinculação de produtos distintos, que ficou conhecido teste do produto único (*single product test*).

Tal litígio decorreu de uma obrigação imposta pelo hospital East Jefferson aos seus pacientes, os quais, caso desejassem realizar procedimentos no hospital, deveriam necessariamente contratar os serviços de anestesiologia de uma empresa terceira com a qual o hospital firmara acordo de exclusividade. A Suprema Corte entendeu que não havia venda casada neste caso, pois não obstante houvesse uma vinculação entre os serviços prestados pelo hospital e aqueles de anestesia, estavam ausentes outros elementos necessários para tornar tal vinculação ilícita. Tais elementos foram enunciados como sendo a existência de poder de mercado suficiente para coagir os pacientes à aquisição conjunta e a produção de um efeito de

²³⁰ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., p. 79.

²³¹ Exemplos de pacotes mistos são programas de incentivo ou fidelização, e descontos graduais na aquisição de unidades adicionais, para citar alguns exemplos. O próprio Mc Lanche Feliz, referenciado anteriormente neste capítulo, é um pacote misto. Para uma análise mais aprofundada destes arranjos, ver CRANE, Daniel A. Mixed Bundling, Profit Sacrifice and Consumer Welfare. **Emory Law Journal**, n. 54, 2006.

²³² *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

fechamento de parcela significativa do mercado, com a consequente exclusão de concorrentes.

Conjuntamente com a vinculação de um produto ou serviço a outro, estes elementos passaram a orientar a análise das vendas casadas nos Estados Unidos, dando início a chamada regra *quasi per se*: estar-se-á diante de ilicitude satisfeitas tais condições. Não obstante tenha sido uma oportunidade perdida para que as Cortes adotassem a mais adequada regra da razão, tratou-se de um grande avanço em relação à regra de ilicitude *per se* prevalecente até então.²³³

Neste julgamento a Suprema Corte desenvolveu o teste do produto único, cujo objetivo é aferir se há vinculação entre dois elementos distintos na conduta ou se, contrariamente, se trata do mesmo produto. O teste do produto único indica que se estará diante de produtos distintos se houver demanda suficiente para tornar eficiente a venda em apartado.²³⁴ Tal demanda irá se formar sempre que a compra em apartado dos produtos ou serviços for economicamente favorável ao consumidor médio, não obstante possam existir exceções.

Na prática, contudo, pode não ser simples identificar a existência de uma demanda em separado suficiente a justificar a comercialização segregada dos produtos, além da dúvida sobre o que seria, afinal, *suficiente*. Não só isso. Muitas vezes as inovações estarão atreladas à reunião de funcionalidades distintas em um mesmo equipamento – até que este novo padrão se consolide, a demanda em separado vai continuar a existir.

Seja como for, obrigar o fornecedor a comercializar em separado produtos para os quais inexistente demanda relevante causaria um aumento em seus custos e um desperdício de recursos, os quais invariavelmente seriam repassados aos consumidores na forma de preço, perversamente prejudicando o mesmo grupo que a

²³³ Um histórico da evolução do tratamento das vendas casadas nos Estados Unidos e da manutenção de uma perspectiva mais restritiva na União Europeia, bem como uma defesa da adoção de um critério de análise pela regra da razão ou até mesmo de uma presunção de legalidade, pode ser encontrado em EVANS, David S.; PADILLA, A. Jorge; ALBORHN, Christian. The antitrust economics of tying: a farewell to *per se* illegality. **Antitrust Bulletin**, v. 49, 2004.

²³⁴ “Vale ressaltar que na verificação do teste da demanda direta o importante é observar se o produto principal é normalmente vendido sem o produto vinculado e não o inverso. Por exemplo, automóveis não são normalmente vendidos sem as rodas, mas rodas são frequentemente vendidas sem os automóveis. Há um mercado específico para rodas, que são vendidas em unidades, embora a recíproca não seja verdadeira, pois não há um mercado específico para carros sem rodas.” (LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 10, 2007).

lei deseja proteger.²³⁵ Esse é um dos perigos de uma tutela excessiva e simplista ao direito de escolha do consumidor, bem-intencionada, mas desatenta de seus efeitos reais²³⁶, como é o caso do diploma consumerista brasileiro no que se refere às vendas casadas. Não obstante o direito de escolha mereça proteção, neste caso, como dizem Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, “o ideal é inimigo do eficiente”.²³⁷

Logo, é necessário o reconhecimento de que a união entre um e outro produto ou serviço pode ser física ou economicamente necessária. Mais do que isso, a redução de custos possibilitada pela venda conjunta pode resultar em menores preços, os quais, por sua vez, podem ser repassados ao consumidor, especialmente em mercados competitivos.²³⁸ O resultado é uma maior eficiência, ou, em outras palavras, um aumento de bem-estar.

4.2.2 Coerção e poder de mercado

Haverá coerção sempre que a união entre o produto vinculante e vinculado obrigar o adquirente a decidir pela aquisição conjunta, decisão esta que ele não

²³⁵ “(...) se o acréscimo do custo não for cobrado por inteiro do consumidor “marginal”, que tem uso para o produto separado, ele deverá ser embutido no preço de todos os produtos. A massa dos consumidores passará, então, a pagar por um acréscimo de custo devido à necessidade de um só consumidor.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p. 225). A este respeito, ver ainda CRASWELL, Richard. Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships, 43 **Stanford Law Review**, 1991.

²³⁶ “Nas últimas décadas, os estudos empreendidos pela doutrina fizeram-nos ver como essa lógica própria do direito comercial impulsiona e é indispensável ao fluxo das relações econômicas. Por essa razão, um idealismo ingênuo e exagerado em torno de ‘novos’ dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente textos normativos de abrangência geral (ou mesmo de inspiração consumerista) a contratos empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa. Enfim, uma eventual orientação distorcida (...) poderá dificultar a função econômica deles esperada. O sistema jurídico, em um contínuo processo de adaptação, busca neutralizar os fatores de instabilidade que comprometeriam a preservação do mercado. (...) se temos todos a crença de que o direito privado deve ater-se a valores outros que não relacionados a um liberalismo exacerbado, não podemos permitir que esse ideal seja abortado pela impossibilidade de funcionamento adequado do ordenamento jurídico empresarial ou por sua indevida ‘consumerização’.” (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, n. 130, 2003, p. 9-10). Nesse mesmo sentido, ver RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

²³⁷ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 78.

²³⁸ É importante ressaltar, contudo, que não é possível se estabelecer uma correlação necessária entre uma economia de custos e seu repasse ao consumidor na forma de preço. Tal repasse depende em larga medida da existência de um ambiente com uma concorrência vigorosa, na qual atuem múltiplos vendedores e adquirentes, as barreiras à entrada sejam baixas e a informação seja relativamente simétrica e abundante, ou seja, um ambiente com baixos custos de transação. Essa não é, todavia, a realidade da maioria dos mercados.

tomaria caso estivesse negociando em um mercado competitivo.²³⁹ É por este motivo que a coerção está diretamente relacionada à existência de poder de mercado: em um mercado com maior grau de competitividade, a decisão diversa, desejada pelo adquirente, seria possível. Não haveria que se falar em coerção.²⁴⁰

A associação entre poder de mercado e coerção foi feita pela Suprema Corte norte-americana no já citado caso *Jefferson Parish*, no qual a coerção foi considerada uma condição necessária à configuração das vendas casadas como ilícito anticoncorrencial. Tal entendimento evidenciou uma preocupação com a possibilidade de escolha do consumidor, não obstante na época as ideias da Escola de Chicago e sua preocupação restrita à eficiência estivessem no centro de diversos debates, inclusive naqueles sobre o papel da coerção.²⁴¹

Neste julgamento em particular, a Suprema Corte concluiu pela ausência de coerção, tendo em vista que o *East Hospital* não era o único de sua região, recebendo apenas cerca de 30% dos pacientes de sua área. Carecia, no entendimento dos julgadores, de poder de mercado suficiente para impor a contratação conjunta aos seus pacientes, os quais poderiam buscar alternativas se assim desejassem.

O ato coercitivo não precisa ser permanente, nem ocorrer simultaneamente à aquisição do produto vinculante, podendo se dar em um segundo momento, como, por exemplo, no mercado de manutenção e peças de reposição. A esse respeito, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou na década de 90 ação proposta por empresas de assistência técnica independente (*ISOs* ou *independent service organizations*) contra a *Kodak*.²⁴² Na época, a *Kodak* comercializava copiadoras, segmento no qual competia com grandes empresas e detia cerca de 23% de mercado.

²³⁹ “(..) uma habilidade especial — geralmente chamada de ‘poder de mercado’ — em forçar o comprador a fazer algo que ele não faria em um mercado competitivo” (*Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 13-14, 1984, tradução livre).

²⁴⁰ “Os elementos ‘poder de mercado’ e ‘coerção’ (...) são inter-relacionados pelo fato de que somente será possível coagir o adquirente se o fornecedor tiver poder de mercado.” (LILLA, Paulo Eduardo. *Op cit.*, 2007).

²⁴¹ A decisão da Suprema Corte é especialmente relevante porque tomada em um período no qual as ideias da Escola de Chicago gozavam de força. Como visto no capítulo 2, não obstante as enormes contribuições desta corrente ao Antitruste, a Escola de Chicago possuía uma preocupação exclusiva com a eficiência. Sendo a conduta eficiente, entendiam os filiados a esta corrente, ela deveria ser lícita. No caso das vendas casadas, isso implica dizer que se a conduta for eficiente, a coerção é irrelevante. Isso ocorre porque a abordagem neoclássica da eficiência, empregada pela Escola de Chicago se preocupa com condições mais objetivas, tal qual a existência de poder de mercado, e não com o estado mental sujeito, o qual é central à coerção. Entre os anos 70 e 80, multiplicaram-se nos Estados Unidos trabalhos defendendo que a coerção não deveria ter lugar na análise das vendas casadas. Para um apanhado geral a respeito da evolução do tema, ver BURNS, Jean Wegman. *The New Role of Coercion in Antitrust*. **Fordham Law Review**, vol. 60, n. 3.

²⁴² *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

O mercado de comercialização das copiadoras era, portanto, o mercado primário de atuação da Kodak. Contudo, a empresa ainda fornecia peças de reposição e serviços de manutenção para as suas copiadoras, de forma que igualmente atuava em um mercado secundário de assistência técnica (*aftermarket*), no qual competia com as ISOs.

A origem do litígio foi a implementação de uma nova política pela Kodak em que a fabricante se recusava a fornecer peças de reposição para as ISOs, o que as impedia de prestar serviços de assistência técnica para as copiadoras Kodak. Havia também alegações de que a Kodak se valia de arranjos contratuais para impedir que os terceiros que lhe forneciam tais peças as vendessem às ISOs, bem como para proibir que tais peças chegassem às mãos das ISOs por meios dos proprietários de equipamentos Kodak. Dessa forma, alegavam as ISOs, a Kodak realizava uma venda casada ao consumidor, que, uma vez tendo adquirido sua copiadora, era igualmente obrigado a recorrer aos seus serviços de manutenção. Tendo em vista que copiadoras não eram produtos de baixo valor, o consumidor relutaria em descartá-las, ainda que fosse forçado a pagar mais pelos serviços da Kodak no mercado secundário.

As ISOs saíram vencedoras deste embate, tendo a Suprema Corte considerado que a prática da Kodak configurava venda casada. Não obstante a Kodak não possuísse poder de mercado em relação ao produto vinculante, no entendimento majoritário da Corte ela teria tal poder em relação ao serviço vinculado. Neste mercado secundário, os consumidores estariam presos a sua escolha de copiadora, tendo em vista os altos custos para substituí-la e a ausência de outras alternativas para a realização dos reparos que não a própria Kodak, em um exemplo de efeito *lock in*.

Este ponto resultou em críticas por parte de doutrinadores como Herbert Hovenkamp, para quem a Kodak não dispunha de poder de mercado suficiente para coagir e justificar uma condenação.²⁴³ É interessante notar que no caso *Jefferson Parish o East Hospital* detinha cerca de 30% do mercado, percentual inferior aos 23% que ensejaram a condenação da Kodak dez anos depois. Carl Shapiro é igualmente crítico à decisão, concluindo, por meio de modelos matemáticos, que seriam raros os

²⁴³ “O verdadeiro problema do [caso] Kodak é sua visão exagerada do poder que uma empresa não dominante teria para tirar vantagem de consumidores cativos.” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 303 – tradução livre).

casos de venda casada a causar lesão significativa aos consumidores quando o mercado primário for competitivo.²⁴⁴

Por outro lado, por se tratar de mercado secundário o caso Kodak, diferentemente do Jefferson Parish, está envolto em discussões relativas a custos de troca e ao já mencionado efeito *lock in*, que poderia criar uma relação de dependência, ainda que diante de menores parcelas de mercado. Cumpre ressaltar que, diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos e na Europa inexistia previsão legal acerca de percentuais que poderiam constituir indicativo de poder de mercado, ainda que passíveis de serem afastados no caso concreto. A jurisprudência norte-americana parece flutuar, contudo, em patamares próximos aos 50%, enquanto na União Europeia algo em torno de 40 a 45% poderia ser indicativo de poder de mercado. Seja como for, são percentuais bem acima dos 20% brasileiro.²⁴⁵

Questiona-se, contudo, os reais impactos do caso Kodak mais de duas décadas após seu julgamento.²⁴⁶ Desde então, outros casos similares foram arquivados pelas Cortes norte-americanas, pelas mais variadas razões. Tem-se, por exemplo casos arquivados porque a recusa no fornecimento de peças sempre havia ocorrido, não tendo sido resultado de mudança nas políticas da empresa.²⁴⁷ Ou, ainda, porque a justificativa da recusa em contratar estava amparada em direitos de propriedade intelectual.²⁴⁸ Sem falar nos casos arquivados porque as peças de reposição estavam disponíveis para aquisição por intermédio de terceiros, dentre outros argumentos.²⁴⁹

²⁴⁴ Carl Shapiro entende que eventuais preços mais elevados no mercado de reposição seriam compensados pelos preços competitivos e descontos conferidos no mercado primário. Além disso, o autor entende que mesmo na hipótese de os fabricantes serem obrigados a comercializar suas peças às empresas independentes, o consumidor teria pouco a ganhar. Isso porque no preço de comercialização de tais peças o fabricante refletiria sua perda de faturamento nos serviços de reposição. (SHAPIRO, Carl. *Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak*. **Antitrust Law Journal**, vol. 66, n. 2, 1995.

²⁴⁵ LILLA, Paulo Eduardo. *Op cit.*, p. 205.

²⁴⁶ Para um resumo das decisões pós *Kodak* que teriam enfraquecido a aplicabilidade de seus pressupostos, ver GLEKLEN, Jonathan I. *The ISO litigation legacy of Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services: twenty years and not much to show for it*. **Antitrust**, vol. 27, n.1, 2012.

²⁴⁷ *Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Technologies* 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996). *PSI Repair Services v. Honeywell, Inc* 104 F.3d 811 (6th Cir. 1997). *Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies* 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

²⁴⁸ *In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Para um panorama detalhado deste caso envolvendo a empresa *Xerox*, ver OETTINGER, Nicholas. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*. **Berkley Technology Law Journal**, vol. 16, n. 1, 2001.

²⁴⁹ *Data General Corp. v. Grumman System Support Corp.* 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994). *Telecom Technical Services v. Rolm Co.* 388 F.3d 820 (11th Cir. 2004).

O Brasil enfrentou discussão similar no caso Xerox, no qual a empresa, que detinha mais de 90% do mercado de prestação de serviços de manutenção de máquinas copiadoras, condicionava a prestação de tais serviços à aquisição de seus suplementos.²⁵⁰ Em julgamento ocorrido no ano de 1993, o CADE entendeu haver infração à ordem econômica mediante a prática de venda casada e multou a Xerox. A empresa recorreu ao judiciário e, quase 20 anos após a decisão do CADE, o caso ainda não foi decidido de forma definitiva.²⁵¹

Outro relevante caso brasileiro com alguns contornos similares ao Kodak foi o decorrente da representação feita pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) contra as montadoras Fiat, Ford e Volkswagen.

Em resumo, por décadas as montadoras que operaram no mercado nacional não protegeram por meio de direitos de propriedade intelectual as partes de objetos complexos como lanternas, calotas, para-choque, etc. Não só isso, desde os anos 60 do último século as montadoras deixaram de garantir a reposição de peças originais para veículos com mais de cinco anos. Como resultando, diversos fornecedores independentes passaram a produzir tais peças no mercado de reposição, situação que perdurou por vários anos sem oposição.²⁵²

Contudo, em dado momento as montadoras passaram a proteger as peças por meio de desenho industrial. Com base nos direitos de propriedade intelectual adquiridos, as fabricantes passaram a notificar ou propor ações judiciais em face das empresas que atuavam no mercado secundário e que produziam tais peças sem autorização. Ao proceder de tal forma, a ANFAPE alegava que as montadoras buscavam monopolizar o mercado de peças de reposição, excluindo seus associados e cobrando preços mais elevados do consumidor final, para quem a única opção passava a ser a compra da peça original e mais cara do fabricante.

A recusa em contratar seria aqui uma venda casada diferida no tempo, uma vez que o consumidor se via preso ao fabricante do veículo no momento do reparo.²⁵³ Isso ocorreria porque, em razão da proteção intelectual, só a montadora poderia fabricar as peças de reposição que se encaixassem no veículo (*must-match*). O que a ANFAPE alegava era que os direitos de propriedade industrial das montadoras

²⁵⁰Processo administrativo n. 08000.024919/1995-62.

²⁵¹ O TRF da 1ª região manteve a condenação do CADE, mas a Xerox interpôs recurso especial, que atualmente aguarda exame de admissibilidade (Processo n. 2001.01.00.036742-5).

²⁵² SILVA, Alberto Luís Camelier da. Op cit., p. 24 et seq.

²⁵³ A expressão é de Alberto Luis Camelier da Silva. (Op. Cit, p. 93 et seq)

sobre tais peças deveriam ser assegurados no mercado primário, mas não no secundário, no qual a reprodução de tais peças deveria ser livre para que seus associados pudessem competir.

O CADE decidiu, por quatro votos a três, em favor das montadoras.²⁵⁴ Em seu voto pelo arquivamento, o conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia consignou que o mercado de autopeças não se resume aos itens denominados *must-match*, de forma que não há que se falar em fechamento. Ressaltou que os desenhos industriais protegem um objeto, não um mercado. Dessa forma, entendeu que nada na legislação autorizaria a diferenciação entre o mercado primário e secundário no exercício de tais direitos de propriedade intelectual e concluiu que a exclusão que acompanha o exercício regular destes direitos não ensejaria a condenação das montadoras por conduta econômica ilícita.

Por outro lado, o relator Paulo Burnier, que restou vencido, entendeu haver abuso do direito de propriedade intelectual que resultaria em monopolização do mercado secundário e efeito *lock in*, concluindo pela existência de infração à ordem econômica. O relator menciona ainda expressamente o instituto da *supressio*, entendendo haver má-fé por parte das montadoras. Entre os votos vencidos, há menção à licença compulsória²⁵⁵, não obstante a melhor exegese do art. 68 da Lei de Propriedade Industrial²⁵⁶ não pareça sugerir que a licença compulsória prevista para as patentes possa ser estendida aos desenhos industriais.²⁵⁷ Em teoria, faria sentido que assim o fosse, até porque em diversas outras jurisdições o que é chamado de desenho industrial é protegido como patente, o que demonstra a vocação do instituto para classificações distintas. Não cabe à autoridade Antitruste, porém, vestir o manto do legislador de Propriedade Intelectual por conveniência no caso concreto.

Christina Bohannon e Herbert Hovenkamp comentam, em referência ao caso Kodak, mas com observações pertinentes ao caso brasileiro das peças do mercado

²⁵⁴ Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-5, arquivado por maioria em 14 de março de 2018.

²⁵⁵ Conforme voto do conselheiro João Paulo Rezende, “há de [se] acrescentar que o art. 68 da Lei de Propriedade Industrial não traz um rol taxativo do que é considerado abuso de direito ou abuso de poder econômico, justamente, por que são condutas que surgem no exercício do direito, não sendo possível ao legislador prever todas as suas hipóteses. Por óbvio, se fosse razoável enumerar todas as formas (...), bastava proibi-las taxativamente, sendo completamente dispensáveis as previsões amplas de abuso de direito e abuso de poder econômico”.

²⁵⁶ Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

²⁵⁷ É digno de nota que o art. 68 da LPI menciona patentes e não desenhos industriais.

de reposição que geralmente as Cortes e autoridades concorrenciais não estão bem equipadas para determinar o escopo e os termos dentro dos quais uma empresa deveria estar obrigada a contratar com rivais. Ainda que a licença compulsória seja uma saída, questões relativas à definição de um preço razoável por tal licença, o monitoramento do cumprimento de tais preços e outras questões relacionadas a extensão ou escopo da licença são de difícil solução.²⁵⁸

Isso não significa que a licença compulsória nunca seja uma saída, mas que tal remédio deve ser restrito às situações em que os ganhos sociais ultrapassem largamente tais dificuldades. Pode ser o caso, por exemplo, de indústrias de rede, como a de sistemas operacionais e softwares, nas quais a cooperação é necessária para sua contínua e eficiente operação, como se verá no próximo capítulo. Neste caso, inclusive, há um componente de inovação a ser considerado, o qual não constitui atributo significativo do mercado de peças de reposição.²⁵⁹

Entre juristas dedicados ao estudo da Propriedade Intelectual, como Denis Borges Barbosa, Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira, o entendimento prevalente é o de que houve abuso por parte das montadoras e que o exercício dos direitos de propriedade intelectual neste caso não estava de acordo com as finalidades últimas do instituto.²⁶⁰

De volta ao tema, a coerção não se dá apenas pela vinculação entre produtos e serviços que o comprador não gostaria de adquirir conjuntamente tivesse ele esta opção. Ela pode igualmente ocorrer como coerção econômica quando o fornecedor ofertar um pacote misto, cujos preços de venda em separado sejam demasiadamente elevados em comparação com o custo adicional da sua separação. Tal preço elevado seria uma forma de coagir o adquirente a comprar o conjunto, ainda que sob a

²⁵⁸ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., p. 304. E, ainda, SHAPIRO, Carl. Op cit., 1995, p. 502.

²⁵⁹ No caso brasileiro das autopeças, a conselheira Paula Azevedo, que votou pelo arquivamento, chama a atenção em seu voto ao fato das empresas independentes não requererem licenças, sob o argumento de que o pagamento de *royalties* inviabilizaria a concorrência no *aftermarket*, que se daria a partir o preço.

²⁶⁰ BARBOSA, Denis Borges. A proteção dos mercados secundários no direito da propriedade intelectual no Brasil; GRAU-KUNTZ, Karin. Ainda sobre a questão das peças de reposição; SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. **Revista Eletrônica do IBPI**. Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição especial, 2010. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-revel-especial-sobre-a-questao-das-pecas-de-reposicao-must-match>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

aparência de escolha. O consumidor fará a aquisição conjunta para não sofrer o que enxerga ser um prejuízo.²⁶¹

É necessário, contudo, reconhecer a dificuldade de operacionalização prática de um critério de coerção econômica – e talvez, inclusive, a sua indesejabilidade. A discussão é muito similar àquela envolvendo a cobrança de preços abusivos como infração à ordem econômica. A esse respeito, cumpre destacar que inexistem condenações da prática de preços abusivos no Brasil na seara concorrencial, não obstante tenham sido várias as representações e averiguações a versar sobre o tema.²⁶² Tal inexistência é decorrência direta da ausência de uma base teórica sólida que permita apurar, a partir de critérios econômicos, qual o limiar que tornaria o preço abusivo e qual seria o efeito deste preço no mercado.²⁶³

Não foi surpresa, portanto, quando a previsão de cobrança de preços abusivos como ilícito concorrencial, prevista na legislação concorrencial de 1994, não foi recepcionada na lei de 2011, que veio a substituí-la. Tendo em vista que o rol de condutas potencialmente anticompetitivas é meramente exemplificativo, permanece a possibilidade de os preços abusivos serem objeto de questionamento na seara concorrencial. Contudo, a eliminação de uma menção expressa a tal conduta pode ser entendida como um recado de que as autoridades não enxergam os preços abusivos como uma questão prioritária no âmbito da concorrência.

4.2.3 Dependência econômica

Para ocorrer coerção, o fornecedor deve dispor de uma capacidade especial para determinar a opção do adquirente, ainda que contra a sua vontade. Por este motivo, a Suprema Corte norte-americana chega a se referir a esta capacidade como poder de mercado na decisão do caso *Jefferson Parish*. Contudo, doutrinadores como Calixto Salomão Filho dirão que não é a existência de poder de mercado o elemento

²⁶¹ “(...) enquanto houver concorrência efetiva, a decisão do fornecedor em vender um produto vinculado a outro ou de ofertá-lo tanto vinculado quanto não vinculado não deve ser considerada uma venda casada. Fornecedores que ofereçam produtos tanto juntos quanto separados podem ainda estar engajados em uma venda casada se as condições de aquisição dos produtos em separado forem muito menos favoráveis do que aquelas de aquisição conjunta.” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: an integrated handbook**. 2ª edição. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 391).

²⁶² Sendo um dos casos mais notáveis a representação da SINDIMIVA contra as empresas White Martins e AGA. (Averiguação Preliminar n. 08012.000295/1998-92. Arquivado por unanimidade em 10 de setembro de 2010).

²⁶³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. **Revista do IBRAC**, n. 19, 2011.

essencial a possibilitar a coerção, mas antes a existência de algum tipo de dependência econômica entre fornecedor e adquirente. Dentro da categoria mais ampla de dependência econômica, figuram o poder de mercado e, ainda, a assimetria informacional, os retornos crescentes de escala e a dependência de sortimento, empresarial ou conjuntural.

Calixto Salomão Filho critica a abordagem tradicional das negociações compulsórias, da qual fazem parte as vendas casadas, por negligenciar outras fontes de coerção que não a existência de poder de mercado, e, como resultado, deixar de lado a análise da posição dominante relativa.²⁶⁴ É neste sentido que o autor irá privilegiar a dependência econômica como critério, a qual pressupõe a presença de pelo menos dois agentes e a inexistência de alternativas de um em relação ao outro, o que leva aquele que for dependente a se submeter às práticas do que for dominante. Pode-se dizer, portanto, que haverá dependência econômica sempre que para um agente o seu parceiro de trocas não puder ser substituído por outro que lhe seja equivalente. Isso é, quando não houver elasticidade de oferta ou demanda.

Assim, uma das formas de se classificar a dependência é como objetiva ou subjetiva. Será objetiva quando inexistirem outros agentes no mercado capazes de substituir o dominante em relação ao dependente e, subjetiva, quando o ônus da troca for elevado a ponto de inviabilizá-la na prática. Outro modo de se classificar a dependência é como absoluta ou relativa. Será absoluta quando envolver todos os agentes que atuam em determinado mercado relevante e, relativa, quando se der apenas em relação a alguns destes atores.²⁶⁵

Quando se trata da chamada dependência econômica absoluta, tem-se o poder de mercado e os retornos crescentes de escala. O poder de mercado já foi discutido no presente trabalho, motivo pelo qual não será novamente abordado aqui. Já os retornos crescentes de escala estão estreitamente relacionados aos já mencionados efeitos de rede. Não obstante tais externalidades de rede possam ser positivas, como no caso do aumento de utilidade extraído pelo usuário, elas também podem criar dependência e, assim, facilitar a coerção.

As externalidades negativas de rede podem ser exploradas, por exemplo, em situações envolvendo compatibilidade, as quais guardam especial interesse na

²⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p 205.

²⁶⁵ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001. p 89.

análise dos casos de alegada inovação predatória. Um exemplo é o caso do agente que modifica uma rede existente com o objetivo não de oferecer uma inovação ou melhoria real no produto, mas antes para causar incompatibilidade com produtos de terceiros que representem uma ameaça, tirando tais rivais do mercado.²⁶⁶

Nestes casos costuma ficar evidente como a recusa em contratar pode ser uma maneira de se efetivar uma venda casada, motivo pelo qual ambas as formas de abuso de posição dominante estão estreitamente imbricadas. Ao se recusar a contratar com terceiros, determinada empresa com poder de monopólio pode se transformar na única opção para consumidores que desejam adquirir produtos complementares, especialmente em mercados de peças de reposição ou naqueles em que a interoperabilidade dos produtos é essencial ao seu funcionamento.²⁶⁷

Já no que se refere à dependência econômica relativa, aqui se encontra a assimetria informacional e a dependência de sortimento, empresarial ou conjuntural. A assimetria informacional é uma das mais reconhecidas falhas de mercado e decorre não apenas do domínio técnico do fornecedor sobre o adquirente em relação ao produto fornecido, mas também das limitações do próprio consumidor em obter a informação necessária a tornar sua decisão economicamente ótima. Tal assimetria ocorrerá quando os agentes transmitem informações que sabem ser incompletas ou falsas para obter algum benefício na barganha, quando deixam de transmiti-las ou buscá-las propositalmente em função dos custos envolvidos, ou até mesmo quando não conseguem compreender adequadamente a informação recebida.²⁶⁸

No caso das vendas casadas, problemas relacionados à assimetria informacional podem ocorrer especialmente no *aftermarket*, como ilustra o caso Kodak. Isso porque no momento em que adquire o bem principal, o consumidor frequentemente ignora ou dispõe de informação reduzida a respeito do ciclo de vida do produto e dos custos de serviços e peças no mercado secundário. Dessa forma, sua decisão não ocorre, como defendia a Escola de Chicago, a partir de um cálculo global de utilidade, mas sim a partir de um cálculo que considera os custos presentes do mercado primário e ignora os custos futuros do mercado secundário.²⁶⁹

²⁶⁶ SCHANZENBACH, Max. Op cit., 2002.

²⁶⁷ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 24-25.

²⁶⁸ COOTER, Roberto; ULEN, Thomas. Op cit., p. 233

²⁶⁹ BOHANNAN, Christina. HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 303-205.

Por fim, tem-se ainda como dependência relativa a de sortimento, empresarial e conjuntural. A dependência de sortimento ocorrerá sempre que determinado produto ou serviço for essencial na composição do sortimento do adquirente, como, por exemplo, nos casos em que determinada marca tem tamanho apelo ao público consumidor que o varejista deve necessariamente oferecê-la para ser competitivo.²⁷⁰ A dependência empresarial, por sua vez, decorre da existência de relações contratuais contínuas e de longa duração entre os agentes econômicos, como no caso de contratos de distribuição com exclusividade.²⁷¹ Por fim, a dependência conjuntural, irá decorrer de alguma ocorrência externa e fora da habitualidade, apta a modificar o funcionamento do mercado e criar relações de dependência passageiras, como, por exemplo, nos casos de alguma escassez de produtos agrícolas provocada por intempéries.²⁷²

A existência de dois ou mais produtos, a coerção e o poder de mercado ou a dependência são elementos necessários, mas não suficientes à caracterização das vendas casadas como ilícito. No ordenamento jurídico brasileiro é condição *sine qua non* à sua configuração, a existência de efeitos reais ou potenciais de limitação da concorrência ou de dominação de mercado, conforme se verá a seguir.

4.3 EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

²⁷⁰ A dependência de sortimento pode estar associada ao poder de mercado detido por uma marca (*single brand market power*), mesmo que a empresa titular desta marca não tenha posição dominante em seu segmento. A esse respeito, SULLIVAN e GRIMES ensinam que: “assim como um monopolista puro, o vendedor cujo produto está atrelado a uma determinada marca pode se deparar com uma curva de demanda inelástica que lhe permita subir os preços sem afetar o volume de venda dos produtos. As origens do poder de mercado associado a uma marca são variadas, mas em geral estão associadas às informações disponíveis aos compradores. Um fabricante com uma marca forte, por exemplo, pode ter consumidores leais que absorvem o aumento dos preços ao invés de buscarem substitutos. A base desta lealdade à marca pode ser informações corretas sobre as características do produto de marca favorecida e as marcas rivais, mas também pode ser baseada em informações incorretas, incompletas ou ultrapassadas.” (Op cit., p. 445).

²⁷¹ SULLIVAN e GRIMES dirão que a dependência empresarial é uma variação do chamado efeito *lock in*, embora neste caso não envolva o consumidor final (Ibid., p. 57–60). Alberto Luis Camelier da Silva dirá que, no já mencionado caso brasileiro envolvendo o mercado de peças de reposição para veículos, “formou-se uma verdadeira expectativa ou dependência econômica de um agente em relação ao titular do direito de propriedade intelectual, cuja frustração pode ser cristalizada na máxima *venire contra factum proprium*.” (Op cit., 2014, p. 232). Não por acaso, o relator Paulo Burnier menciona a supressão em seu voto.

²⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p. 216 et seq.

Para que configurem infração à ordem econômica, as vendas casadas deverão produzir ou ter o potencial de produzir efeitos anticompetitivos. Essa é tanto a previsão da legislação concorrencial brasileira, quanto a construção jurisprudencial norte-americana e, em certo grau, da tradição europeia. Contudo, tais efeitos anticompetitivos historicamente atribuídos pela teoria econômica à prática sofreram grandes mudanças ao longo do século XX, sendo que muitas destas construções caíram em descrédito ou foram relativizadas.

De forma geral, parece haver um consenso de boa parte da doutrina de que a comercialização vinculada de produtos e serviços geralmente possui explicações pró-competitivas e são resultados da busca de uma maior eficiência pelos agentes no mercado.²⁷³ Em alguns casos, contudo, efeitos anticompetitivos poderão existir, sendo necessário compreendê-los mais a fundo. Os mais comumente lembrados são a alavancagem e o fechamento do mercado.

4.3.1 Alavancagem

Dentre as teorizações sobre possíveis efeitos anticompetitivos das vendas casadas, a alavancagem (*leverage*) foi, por diversas décadas, a mais importante delas. Adotada pela primeira vez em 1917, por ocasião do julgamento do caso *Motion Picture Patents v. Universal Film Co* pela Suprema Corte dos Estados Unidos²⁷⁴, a teoria da alavancagem preceitua que o agente com poder de monopólio no mercado do produto vinculante utilizaria a venda casada para transferir este poder de monopólio ao mercado de produto vinculado. A vinculação entre o produto do mercado primário, no qual a empresa detém posição dominante, com outro de mercado

²⁷³ É o caso, a título de exemplo, de Herbert J Hovenkamp, Richard A. Posner, Lawrence A. Sullivan, Warren S. Grimes, Stan J. Liebowitz, Stephen E. Margolis, David S. Evans, Jorge A. Padilla, Christian Alborhn, entre tantos outros. Na doutrina nacional, pode-se citar, igualmente a título de ilustração, Paulo Brancher e Paulo Eduardo Lilla.

²⁷⁴ *Motion Picture Patents v. Universal Film Co.*, 243 U.S., 502 (1917). O caso é notório por ser um dos primeiros a discutir abuso de direito de propriedade intelectual, mais especificamente de patentes (*patente misuse*). Não obstante não seja um caso concorrencial, possui repercussões na esfera das vendas casadas. Em resumo, a Motion Picture fabricava um projetor de filmes para o qual detinha patente e o comercializava com uma indicação de que o equipamento só poderia ser utilizado para rodar filmes adquiridos da própria Motion Picture. Em outras palavras, a empresa tentava estender artificialmente o monopólio legal que a patente lhe conferia por meio de uma venda casada. A Suprema Corte entendeu que tal manobra seria antijurídica, e citou o *Clayton Act* em sua decisão.

distinto²⁷⁵, serviria para que a empresa ampliasse sua participação neste segundo mercado, em uma tentativa de monopolização.

Com o uso de tal expediente, se acreditava que o agente com poder de monopólio conseguiria replicar os lucros de monopólio que auferia no mercado primário também no secundário. Isso ocorreria porque o adquirente pagaria preços maiores pelo pacote de produtos do que se comprasse os produtos separadamente, hipótese em que só estaria sujeito a preços de monopólio no mercado primário e não no secundário. Com as vendas casadas, a teoria da alavancagem supunha que o preço de monopólio seria pago duas vezes: no produto subordinante e no subordinado.

A partir da segunda metade do século XX, Ward Bowman e Richard Posner, ambos filiados à Escola de Chicago, publicaram trabalhos com duras críticas à teoria da alavancagem, considerando-a carente de racionalidade econômica.²⁷⁶ Para os autores, em uma concepção que veio a se tornar dominante nas décadas que se seguiram, a teoria da alavancagem padece de dois problemas: (1) desconsidera que na maior parte das vezes os usuários do produto subordinante não são os principais usuários do produto vinculado, e que, ausente esta condição, a monopolização do mercado secundário deixa de ser uma consequência plausível da venda casada; e (2) falha em explicar porque um agente que já obtenha lucros de monopólio no mercado primário iria busca-los no mercado secundário, uma vez que a atuação em apenas um destes mercados já lhe garante o retorno supracompetitivo.

Em relação a segunda falha apontada por Bowman e Posner, os autores partem do raciocínio de que se o preço do pacote for superior ao preço de sua aquisição em separado, o adquirente deixará de demandá-los conjuntamente. Como resultado, as vendas do produto vinculante também irão sofrer. Assim, o monopolista que pretender utilizar as vendas casadas para alavancar tal posição em novo mercado corre o sério risco de ver seus lucros ameaçados no mercado do produto principal, de forma que a adoção de tal estratégia seria irracional.²⁷⁷

²⁷⁵ É de se notar que o mercado secundário pode ser materialmente distinto do primário, quando se trata de produtos diferentes, ou constituir *aftermarket*, como no caso *Kodak*. A alavancagem poderia ocorrer, ainda, em um contexto vertical.

²⁷⁶ BOWMAN, Ward S. Tying Arrangements and the Leverage Problem. **Yale Law Journal**, vol. 67, n. 1, 1957 e; POSNER, Richard A. Op cit, 2001. Em relação a Richard Posner, embora o presente trabalho utilize a 2ª edição, de 2001, da obra *Antitrust Law* como referência, sua publicação original contendo a crítica à teoria da alavancagem é de 1976.

²⁷⁷ POSNER, Richard A. Op cit, 2001, p. 197-199.

As críticas de Bowman e Posner foram responsáveis por um quase abandono da teoria da alavancagem, mas trabalhos publicados pela corrente que tem sido chamada de pós-Chicago reacenderam o debate a partir dos anos 90.²⁷⁸ Um dos principais pontos de crítica à teorização dos autores da Escola de Chicago é que eles partiriam de um modelo de concorrência perfeita que inexistia na realidade.

Bowman e Posner desconsideram, por exemplo, que o agente que se engaja numa venda casada não é um monopolista hipotético. Por esta razão, o agente não disfruta dos preços de um monopolista puro, sendo possível que busque outras formas de alcançá-lo.²⁷⁹ Igualmente, estes autores ignoram a assimetria informacional existente que impede que os consumidores avaliem corretamente o acréscimo pago pela aquisição do pacote em comparação aos bens adquiridos individualmente, em especial quando se trata do *aftermarket* e de questões relacionadas ao ciclo de vida do produto. Além disso, em mercados de escala ou caracterizados por externalidades de rede, como a telefonia, por exemplo, o consumidor pode até mesmo saber que está pagando preços supracompetitivos, mas continuar a fazê-lo pela essencialidade do serviço ou importância da rede.²⁸⁰

Em artigo recente, David S. Evans e Michael Salinger afirmam que a venda casada costuma ocorrer não em monopólios, mas em mercados competitivos. Em linha com Carl Shapiro, os autores indicam que se o mercado do produto subordinante for competitivo a alavancagem é impossível.²⁸¹ Se o mercado do produto subordinado for competitivo, ela não é racional, pois não seria rentável. Dessa forma, sua adoção seria geralmente justificada por economias de escala, sendo pró-competitiva na maioria dos casos.²⁸² Alguns autores, contudo, discordam da afirmação de que um

²⁷⁸ O movimento pós-Chicago considera os mercados mais complexos do que a visão tradicional da Escola de Chicago e utiliza com frequência modelos de comportamento estratégico por meio do emprego da teoria dos jogos. Seus autores ofereceram contribuições importantes como a teorização do aumento do custo dos rivais, efeito *lock in* e dependência de caminho. Contudo, no entendimento de Herbert Hovenkamp, “o maior perigo representado pela economia concorrencial pós-Chicago não é que a variedade e plausibilidade de práticas anticoncorrenciais são exageradas, embora isso também seja verdade. Mas antes que a complexidade das teorias pós-Chicago força as Cortes Federais a confrontar problemas que elas não estão preparadas para resolver.” (HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2005, p. 39).

²⁷⁹ SULLIVAN, Lawrence A; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006, p. 439 et seq.

²⁸⁰ Ibid., p. 439.

²⁸¹ Esse foi o mesmo entendimento adotado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no Brasil durante a averiguação preliminar que resultou, posteriormente, no já citado processo administrativo envolvendo as peças de reposição no mercado de automóveis.

²⁸² EVANS, David S.; SALINGER, Michael. Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law. **Yale Journal on Regulation**, vol. 22, n. 1, 2005, p. 38-39.

mercado competitivo para o produto subordinante torna impossível a monopolização do mercado do produto vinculado, especialmente quando o produto subordinado possui diferenciação ou exclusividade, como nos casos em que é protegido por direitos de propriedade intelectual.²⁸³

Herbert Hovenkamp dirá que os casos mais plausíveis de verificação da alavancagem não seriam aqueles de monopólio simultâneo, como na concepção tradicional, mas aqueles envolvendo monopólios consecutivos. Para o autor, isso pode ocorrer em cenários nos quais uma tecnologia é criada para substituir outra. O agente que detém poder de monopólio sobre a tecnologia A, prevendo que ficará obsoleta, poderá tentar transferir tal poder para a tecnologia B em um momento futuro. Poderá fazê-lo, por exemplo, por meio de uma venda casada, ao exigir que os fabricantes que utilizem sua tecnologia A também utilizem sua tecnologia B.²⁸⁴ Tal visão guarda certa similaridade com a hipótese de alavancagem defensiva levantada por Robin Feldman, que defende ser uma razão mais plausível para a venda casada a tentativa do agente de evitar a erosão do seu poder de monopólio no mercado primário, a fim de evitar novos entrantes, do que a dominação do mercado secundário, embora um possa decorrer do outro.²⁸⁵

Contudo, se algum efeito anticompetitivo advier de uma venda casada, é mais provável que seja o fechamento do mercado do que a alavancagem, com autores sustentando inclusive que o fechamento é a única preocupação concorrencial plausível em relação a estes arranjos.²⁸⁶ Se a alavancagem é vertical e se preocupa com preços supracompetitivos ao consumidor, o fechamento é horizontal e relacionado à exclusão de rivais. O termo alavancagem é muitas vezes, inclusive,

²⁸³ No Brasil, é o caso, por exemplo, de Alberto Luis Camelier da Silva e Karin Grau-Kuntz no contexto da discussão envolvendo peças de reposição no mercado de automóveis.

²⁸⁴ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p. 461.

²⁸⁵ FELDMAN, Robin. Defensive Leveraging in Antitrust. In: **Georgetown Law Journal**, vol. 87, n. 1, 1999.

²⁸⁶ “O fechamento de mercado é o último homem de pé na linha de defesa do Antitruste contra vendas casadas.” (LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 87 – tradução livre). E, ainda, “o caso de uma hostilidade generalizada em relação às vendas casadas baseada na teoria da alavancagem é muito fraca. Uma preocupação muito mais realista é que a venda casada ou alguma outra prática por uma empresa dominante possa excluir ou ‘fechar’ o mercado para os rivais, permitindo que a empresa mantenha sua posição dominante.” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 24 – tradução livre). A própria Suprema Corte norte-americana parece ter definitivamente abandonado a alavancagem no julgamento do caso *Verizon Communications Inc. v. Trinko* 540 U.S 398 (2004).

utilizado de forma ampla, inclusive para descrever práticas de fechamento, o que contribui para uma confusão em relação a ambos os conceitos.²⁸⁷

4.3.2 Fechamento do mercado

É a partir do caso Jefferson Parish que o tratamento judicial dado às vendas casadas nos Estados Unidos se desloca da alavancagem para o fechamento do mercado (*foreclosure*). Tal deslocamento acompanha a preocupação crescente com o poder de mercado e as restrições que seu exercício abusivo pode impor à concorrência, tal como o aumento das barreiras à entrada ou a elevação dos custos dos rivais.²⁸⁸ É precisamente pela ampliação de tais barreiras e da elevação dos custos para os demais competidores, reais ou potenciais, que a prática das vendas casadas pode facilitar o fechamento do mercado secundário.

Afinal, para que uma estratégia de dominação do mercado por meio da utilização de vendas casadas tenha sucesso, é importante que sejam assegurados meios para que a concorrência não se reestabeleça a partir do momento em que o agente engajado na prática passe a cobrar preços acima do limiar competitivo. Sem isso, é provável que, ao invés de dominar o mercado a jusante, o agente acabe por perder parcela do mercado a montante, conforme demonstrado pela Escola de Chicago.²⁸⁹

A venda casada pode criar barreiras à entrada, por exemplo, ao fazer desaparecer ou diminuir drasticamente a demanda no mercado secundário, especialmente quando se trata de um bem com alto grau de complementariedade ou cuja fruição dependa totalmente do produto no mercado primário. Ao adquirir o pacote, o consumidor deixará de demandar o produto do mercado secundário separadamente. Isso força os competidores do mercado secundário a atuar no mercado primário para se manter no negócio. Em teoria, se o agente engajado na prática de venda casada estiver cobrando preços supracompetitivos, tal ingresso seria facilitado. Porém, não se pode desprezar a existência de barreiras à entrada no mercado primário, como a

²⁸⁷ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 25.

²⁸⁸ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p. 463.

²⁸⁹ “Seja a estratégia eterna, seja temporária, é preciso garantir que novos concorrentes, aproveitando-se do aumento indireto dos preços [ocasionados pela venda casada] no mercado principal, não adentrem o mercado de produtos primário. De outro lado, os novos produtores podem tentar entrar também no mercado de produto secundário.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p. 228).

existência de economias de escala. Se o agente com poder dominante no mercado primário, responsável pela vinculação dos produtos, tiver economias crescentes de escala em seu favor, poderá facilmente neutralizar os novos entrantes com uma redução de preços para então reestabelecer preços supracompetitivos.²⁹⁰

É preciso cautela, todavia, para que não se atribua a qualquer vinculação entre dois produtos o condão de fechar o mercado e, como tal, a pecha de infração à ordem econômica. É seguro dizer que quando a entrada em determinado mercado for relativamente fácil, não há motivo para maiores preocupações. Situações nas quais tal entrada seja difícil, contudo, merecem atenção especial dos tribunais e autoridades concorrenciais. Isso porque agentes com grande poder de mercado podem criar barreiras à entrada com o objetivo de aumentar os custos de seus rivais, que, diante de uma demanda constante, acabarão por diminuir sua produção.²⁹¹

Mesmo nestes casos, como lembra Herbert Hovenkamp, é necessário cuidado ao se discutir a criação de barreiras à entrada, afinal “o fato de algo constituir uma ‘barreira à entrada’ nada diz sobre sua natureza socialmente benéfica ou danosa. A eficiência é em si mesma uma forte barreira à entrada”²⁹². No entendimento do autor, o simples fato de uma vinculação entre produtos eventualmente obrigar os competidores a adentrar o mercado do produto subordinante e subordinado não é suficiente para que se esteja diante de uma prática anticompetitiva. A exceção seriam os casos em que houvesse forte disparidade entre as economias de escala nestes dois mercados.²⁹³

Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, embora reconheçam a possibilidade teórica e consistência interna da teorização de fechamento, consideram baixas as chances dela se materializar no caso concreto. No entendimento dos autores, a Escola de Chicago não deixou de contemplar a possibilidade de fechamento, mas a deixou propositalmente de fora do modelo por uma aparente ausência de relevância empírica, especialmente quando comparada à discriminação de preço entre adquirentes.²⁹⁴ Os autores lembram ainda que é situação comum na venda casada que o vendedor não seja o fabricante do produto vinculado e que adquira tal produto

²⁹⁰ Esta teorização é apresentada por Michael D. Whinston em Tying, Foreclosure and Exclusion. **The American Economic Review**, v. 80, n.4, 1991.

²⁹¹ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006, p 123.

²⁹² HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p 462.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 88-89.

de outro fabricante para reprecificá-lo no pacote. Nestas situações, entendem, o modelo de fechamento beira ao impossível.²⁹⁵

4.3.3 Discriminação entre adquirentes

A discriminação de preços entre adquirentes (*price discrimination*) se traduz na cobrança de preços distintos para um mesmo bem, a depender do comprador. Tendo em vista que cada adquirente extrai um grau de utilidade diverso da fruição de um produto ou serviço, pela discriminação seria possível extrair o excedente de lucro máximo de cada um desses compradores, uma vez que de cada um deles seria cobrado o maior valor que eles estariam dispostos a desembolsar.²⁹⁶

Em um ambiente de concorrência perfeita, a discriminação de preços não seria possível, seja pela dificuldade em se medir a utilidade individualmente extraída por cada adquirente potencial, seja porque o consumidor que extrair maior utilidade deixará de comprar o produto do fornecedor e passará a adquiri-lo do consumidor que por ele pagou um preço inferior. Contudo, a realidade não é de concorrência perfeita. Na prática, a discriminação é rotineira e ocorre por razões como volume, custos logísticos ou custos de informação, para citar alguns exemplos.²⁹⁷

As vendas casadas podem ser um expediente para a realização da discriminação de preços quando a comercialização do produto vinculado é feita em volume atrelado à necessidade do consumidor – é o caso, por exemplo, de impressoras e *toners*. Nestes casos, o fabricante poderá optar por cobrar um menor valor pelo equipamento e obter um lucro maior nos *toners*. Embora o valor dos *toners* seja o mesmo para todos os compradores, a discriminação ocorre pela quantidade adquirida por aqueles que extraem uma maior utilidade da impressora. Esse grupo irá utilizar mais a impressora e, como resultado, necessitará adquirir uma maior quantidade de *toners*. Nesse caso, não há o risco do adquirente que extrai maior

²⁹⁵ Ibid., p. 90.

²⁹⁶ FORGIONI, Paula. Op cit., 2010, p. 325.

²⁹⁷ “Se um grupo de compradores não conhece o suficiente sobre as condições de um dado mercado (...), podem pagar um preço maior do que aqueles compradores que detenham tal conhecimento. Do mesmo modo, altos custos de transporte tornam possível às empresas obter ganhos maiores com compradores cativos mais próximos do que em relação aos mais remotos.” (HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p. 37 – tradução livre).

utilidade passar a comprar o bem daquele que extrai menos utilidade. Em termos de valor unitário o bem custa o mesmo para todos.²⁹⁸

Além disso, valores mais baixos para o bem principal podem possibilitar sua aquisição por consumidores que, de outra forma, estariam excluídos de sua fruição. Neste sentido, Richard Posner assevera que a discriminação de preços sem efeitos anticompetitivos é o resultado mais comum das vendas casadas. O autor ressalta que a concepção da discriminação de preços como uma prática que leva a uma possível exclusão dos rivais só seria factível em um cenário no qual houvesse preços predatórios.²⁹⁹

É de se notar, porém, que a discriminação de preços realizada mediante venda casada pode constituir meio de exploração da assimetria informacional existente em detrimento do consumidor. Tal situação pode se verificar se o fornecedor conseguir dificultar os cálculos de utilidade do comprador, ou induzi-lo a erro.³⁰⁰ Nesse caso, a discriminação poderia servir não para beneficiar alguns, mas para elevar os preços para todos.³⁰¹

4.3.4 Outros potenciais efeitos anticompetitivos

Outros efeitos negativos ainda podem decorrer das vendas casadas que podem ser utilizadas para descumprir o tabelamento de preços em mercados muito regulados, facilitar a colusão ou mascarar preços predatórios.

No que se refere aos casos de descumprimento de tabelamento, a lógica é que o produto subordinado tem seu preço fixado pelo governo em níveis abaixo do preço

²⁹⁸ Mesmo caso não se considere o valor unitário, mas total, não é possível concluir, dirão Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, que há discriminação de preços, pois isso implicaria em dizer que estão sendo cobrados preços maiores daqueles que extraem maior utilidade, o que é dúbio. No exemplo dos *toners*, por exemplo, um usuário que utilize mais *toners* também produz proporcionalmente um maior volume de trabalho, além de diluir o valor pago pela máquina mais do que o usuário que utiliza menos *toners*. A suposição de que ele dilui mais o valor da máquina pode, contudo, ser simplista, pois a depender do ciclo de vida do produto, é possível ainda que o usuário mais frequente tenha que repor a máquina em dado momento (LIEBOWITZ, Stan J.; MORGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 91).

²⁹⁹ POSNER, Richard A. Op cit., 2001, p. 202.

³⁰⁰ Para uma discussão sobre como o oferecimento de pacotes dificulta os cálculos de utilidade do consumidor, o trabalho de Richard Craswell é seminal. Mais contemporaneamente, Oren Bar-Gill retoma a discussão em uma perspectiva de teoria econômica comportamental. (CRASWELL, Richard. Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues. **Boston University Law Review**, vol. 62, n.3, 1982 e; BAR-GILL, Oren. Bundling and Consumer Misperception. **The University of Chicago Law Review**, vol. 73, n.1, 2006).

³⁰¹ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006, p. 62.

de monopólio. Este preço de monopólio, a depender das circunstâncias, é o que o agente iria cobrar ausente o tabelamento. Por meio da venda casada, o fornecedor associa um segundo produto que, por sua vez, não é objeto de tabelamento, ao primeiro. O valor do pacote final seria utilizado pelo agente para compensar no mercado secundário o lucro que gostaria de auferir no mercado primário, mas que não consegue em virtude do tabelamento. Para as autoridades, por sua vez, o controle se torna mais difícil.

O tabelamento costuma ocorrer em mercados concentrados com economias de escala, nas quais as barreiras à entrada são elevadas. Serviços essenciais como a energia ou telefonia são especialmente suscetíveis à prática da venda casada como meio para o descumprimento de preços regulados, seja por serem setores tidos como monopólios naturais, seja pelos baixos custos marginais e pouca elasticidade de demanda.³⁰² A prática é tida como anticompetitiva não apenas pelo descumprimento de tabela, o que é uma questão eminentemente regulatória, ainda que com uma possível correlação concorrencial, já que pode ser uma resposta governamental à existência de um monopólio. A preocupação na seara do Antitruste ocorre também devido à exploração da assimetria informacional do consumidor para a cobrança de preços mais elevados e pelo potencial de fechamento do mercado secundário.³⁰³

Já em relação à colusão, a venda casada pode servir para lhe conferir maior estabilidade. Em exemplo ocorrido nos Estados Unidos e envolvendo linhas férreas, o adquirente era obrigado a efetuar a compra do produto vinculante e vinculado apenas se nenhum outro agente estivesse comercializando o produto vinculado a um preço inferior. Se ocorrer no contexto de um cartel, tal arranjo permite aos participantes saber se alguma das empresas em conluio está descumprindo o acordo.³⁰⁴ O fato de diversos agentes adotarem a prática das vendas casadas não indica por si só, contudo, a ocorrência de cartel. Pelo contrário, sendo as vendas casadas frequentemente práticas associadas a busca de maior eficiência, sua adoção é o comportamento racional esperado dos agentes econômicos em constante busca por melhores condições para concorrer.

³⁰² HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p 465.

³⁰³ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006, p. 451.

³⁰⁴ SAGI, Guy. A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements. In: **Seattle University Law Review**, vol. 38, n.1, 2014, p. 13. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol38/iss1/2/>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

Por fim, os preços predatórios são frequentemente associados à comercialização de produtos por um preço abaixo do custo, de forma que o agente suportará prejuízos até que consiga excluir os demais competidores do mercado, quando, então, recuperará as perdas na forma de preços supracompetitivos.³⁰⁵ Contudo, há outras formas de se efetuar preços predatórios, não obstante a própria existência de preços predatórios seja objeto de dissenso.³⁰⁶ Uma destas formas é pela concessão de incentivos de vendas. Outra é pelas vendas casadas. Neste segundo caso, o agente manterá o preço do produto subordinante, mas incluirá no pacote o produto subordinado sem por ele cobrar ou cobrando valor abaixo do seu custo marginal com a vinculação.³⁰⁷

Em resumo, as hipóteses tratadas ao longo desta seção demonstram que, como conduta autônoma ou disfarce para outras práticas, os efeitos anticompetitivos que podem decorrer das vendas casadas estão relacionados ao seu potencial para fechar o mercado, permitir a cobrança de preços acima do limiar competitivo e limitar o direito de escolha do consumidor. São eles que, não obstante a natureza preponderantemente pró-competitiva da prática, justificam a preocupação das autoridades concorrenciais e tribunais com esta conduta. Tais efeitos, porém, não são derivações necessárias da vinculação entre produtos. Para que uma venda casada seja ilícita, é essencial não apenas que estes efeitos se verifiquem, mas também que não sejam sopesados por eficiências.

4.4 JUSTIFICATIVAS E EFICIÊNCIAS

Não obstante a potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos, as vendas casadas, na maioria das vezes, serão arranjos decorrentes da busca por uma maior eficiência, que antes beneficiam ao invés de prejudicar o consumidor. Um fato que a teorização tradicional das vendas casadas desprezou é o de que muitos pacotes são ofertados em mercados competitivos – e que sua sobrevivência e manutenção nestes mercados por si só pode sugerir que a prática é eficiente. Não fosse isso, ela deixaria de ser adotada em favor de outras práticas, como resultado da própria competição.³⁰⁸

³⁰⁵ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, 370.

³⁰⁶ EASTERBROOK, Frank H. Predatory Strategies and Counterstrategies. In: **University of Chicago Law Review**, vol. 48, 1981.

³⁰⁷ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, 403-407.

³⁰⁸ EVANS, David S.; SALINGER, Michael. Op. cit, 2005, *passim*.

David S. Evans e Michael Salinger indicam que as economias de escala estão intrinsicamente relacionadas com tais eficiências, mas que elas podem ser difíceis de se detectar, o que igualmente precisa ser levado em consideração pelas autoridades e julgadores.³⁰⁹

Pacotes diminuem custos, como, por exemplo, o custo de medir, embalar, transportar, negociar e comercializar unidades individuais na exata necessidade de cada consumidor. É claro que alguns consumidores podem não ter sua necessidade atendida da forma que idealmente gostariam, mas os custos atrelados a esta perda são compensados pelas economias que um tratamento médio às necessidades existentes possibilita. Não fosse esse o caso, o modelo de venda a granel teria prevalecido e os produtos embalados de fábrica em quantidade pré-definida pelo fabricante não teriam se tornado o modelo preponderante.³¹⁰

Quanto maior a complexidade do produto, maiores podem ser as vantagens da vinculação entre componentes diversos originais de fábrica. A maior parte das pessoas não tem tempo, conhecimento ou interesse suficiente para montar seu próprio carro ou seu refrigerador. A economia advinda de se ter fábricas montando tais itens ao invés de prestadores individuais é grande e se traduz em preços menores ao consumidor.³¹¹

Os custos de transação associados à negociação individual em determinados contextos também ajudam a explicar a prevalência de arranjos em pacotes. Exemplo é o caso do licenciamento de tecnologias complexas que envolvem múltiplos titulares sobre patentes que cobrem parte do processo e que, muitas vezes, se bloqueiam mutuamente, como nos casos da tecnologia 3G e do Blu-Ray. Tendo em vista que nesses casos os custos de transação para negociação com cada titular individualmente poderiam ser impeditivos à adoção da tecnologia, tais titulares executam licenças cruzadas ou se reúnem em *pools* de patente com o objetivo de oferecer estas licenças em um único pacote.³¹²

³⁰⁹ Ibid., p. 49-51.

³¹⁰ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 82.

³¹¹ LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. Op cit., 2011, p. 84

³¹² O tema das licenças cruzadas ou *pools* de patentes é complexo porque, a depender da forma com que são executados, podem ser pró ou anticompetitivos. Para um apanhado geral sobre o tema, recomenda-se a leitura de SHAPIRO, Carl. Op cit., 2011. E, ainda, MENEGATTI, André Luis. *Pools* de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. In: **Revista de Direito da Concorrência**, n. 1, 2013.

Não só isso, mas preços mais baixos no produto subordinante e a utilização do consumo do bem subordinado como mecanismo para a discriminação entre adquirentes pode permitir que consumidores que estariam alijados do mercado tenham a possibilidade de nele tomar parte. A venda casada permite ao fornecedor agir como uma espécie de seguradora ao reduzir o risco suportado pelo consumidor no momento da compra. Se determinado consumidor tem dúvidas quanto à utilidade que a aquisição do pacote irá lhe proporcionar, o vendedor pode oferecer o empurrão necessário à aquisição ao diminuir os custos do bem subordinante, de forma que o prejuízo do adquirente será menor caso ele não faça o uso esperado do produto.³¹³ No entendimento de Warren S. Grimes, contudo, se o objetivo for alterar a alocação de risco, o fornecedor deveria oferecer os produtos tanto vinculados quanto separadamente.³¹⁴

As vendas casadas podem funcionar ainda como uma forma de se contornar o problema da marginalização dupla.³¹⁵ No século XIX, Cournot observou a situação de um produtor de latão que adquiria zinco e cobre de dois vendedores distintos, ambos monopolistas. O economista concluiu que, em mercados pouco competitivos, o preço de produtos complementares seria menor e o lucro da sua venda maior se houvesse somente um vendedor os comercializando. Isso ocorreria porque cada um dos vendedores de insumo, cuja utilização é complementar, determina seu preço sem levar em consideração como tal preço afeta a curva de demanda do outro monopolista. É um problema de ação coletiva. Situação similar pode ser observada hoje no terreno da Propriedade Intelectual, com a proliferação de diferentes patentes sobre determinado processo, detidas por titulares diferentes. Ausente uma coordenação, a tendência é que os royalties sejam mais caros, e os lucros, menores.³¹⁶ Neste contexto, as vendas casadas podem ser um expediente a permitir esta coordenação benéfica ao consumidor.

³¹³ O argumento da venda casada em casos similares como uma forma do vendedor alocar parte do risco em si e, desta forma, facilitar a decisão de compra pelo consumidor é feito por Stan J. Liebowitz no artigo *Tie-in Sales, Risk Reduction and Price Discrimination* (In: **Economic Inquiry**, vol. 21, n. 3, 1983).

³¹⁴ GRIMES, Warren S. Tying: requirements ties, efficiency and innovation. **Statement before the Federal Trade Commission**, 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/tying-requirements-ties-efficiency-and-innovation>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

³¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2011, p. 471.

³¹⁶ SHAPIRO, Carl. Op cit., 2001, p. 122-124.

Outra forma de se pensar as vendas casadas numa perspectiva pró-competitiva é que elas podem ser utilizadas não para fechar o mercado, mas antes para possibilitar a dado agente ingressar ou aumentar sua participação em um mercado no qual a presença de barreiras à entrada é significativa. Para tanto, este novo entrante poderia oferecer temporariamente uma venda casada promocional, com o objetivo de tornar seu produto mais atraente aos consumidores, levá-los à experimentação e, eventualmente, fidelizá-los.³¹⁷

As vendas casadas podem também ser uma forma de se garantir a reputação da marca e do fornecedor perante o público consumidor. As franquias são um exemplo normalizado de venda casada, no qual a vinculação entre um pacote de produtos e serviços ofertados pelo franqueador é da essência do próprio contrato. É tal pacote que permite ao franqueador expandir seus negócios ao garantir uniformidade entre seus franqueados, sendo a manutenção de determinado padrão condição intrinsecamente ligada à reputação do negócio. O efeito é pró-competitivo. Ao consumidor, tal arranjo diminui os custos de transação, uma vez que ele sabe que encontrará o mesmo padrão em qualquer unidade da franquia a qual se dirija. Ao franqueador e franqueados, bloqueia comportamentos oportunistas que poderiam se utilizar da bandeira da franquia sem investir em qualidade e praticando preços mais baixos, o que poderia excluir os demais franqueados do mercado e prejudicar a reputação da franquia como um todo.³¹⁸

Igualmente de forma relacionada à reputação, a venda casada poder ter como objetivo a manutenção da qualidade do produto. Esta é a defesa mais frequentemente utilizada em casos versando sobre este tipo de conduta. Imagine o caso de uma máquina de café que funcione com cápsulas. Um problema na qualidade das cápsulas que, por sua vez, resulte em um problema no funcionamento da máquina de café, pode ser percebido pelo consumidor como um problema na própria máquina de café. A distinção é difícil, ainda mais se algum conhecimento técnico específico for necessário, como na maior parte dos casos envolvendo tecnologia. O agente pode decidir, então, integrar física ou contratualmente o produto subordinante e subordinado, sob o argumento de que tal vinculação seria natural ou necessária para preservar a qualidade dos produtos e sua reputação no mercado. O ônus de comprovar tal necessidade será do fornecedor.

³¹⁷ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006. p 434-436.

³¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit, 2003, p. 229-230.

É de se notar, porém, que as Cortes e autoridades concorrenciais não têm demonstrado muito entusiasmo com tal linha argumentativa. No geral, parece prevalecer um entendimento de que se outras soluções menos gravosas à concorrência estiverem disponíveis ao agente, devem ser adotadas no lugar da vinculação entre produtos ou serviços³¹⁹, não obstante fique a dúvida sobre a que custo.³²⁰ Um exemplo é a elaboração de manuais e diretrizes a serem seguida por terceiros. Tal discussão é central àquela envolvendo a inovação predatória em suas vertentes de integração tecnológica e redesenhos que geram incompatibilidade. Assim, encerra o presente capítulo para ser retomada e aprofundada no seguinte.

4.5 CONCLUSÃO PARCIAL

A simples vinculação entre um produto e serviço a outro distinto não é suficiente para configurar a venda casada como um ilícito concorrencial. A presença de outros elementos que a doutrina e jurisprudência tem evidenciado como sendo a coerção e a existência de poder de mercado, ou de alguma outra forma de dependência econômica a possibilitar o ato coator, são igualmente necessárias.

³¹⁹ Dentre os casos já mencionados ao longo deste capítulo, são exemplos o caso Xerox no Brasil e o caso Kodak nos Estados Unidos. No âmbito da União Europeia, é possível citar o caso Tetra Pak II, no qual a Tetra Pak foi acusada de venda casada por condicionar a aquisição de seus equipamentos para embalagem à compra conjunta de suas embalagens. A justificativa dada pela empresa foi a de que a comercialização conjunta era necessária para reduzir sua exposição em relação ao produto embalado e para garantir a segurança deste produto em termos de saúde pública. A Comissão desconsiderou tal argumento, entendendo que resultado similar poderia ser atingido por restrição menos gravosa à concorrência.

³²⁰ David S. Evans e Michael Salinger comentam a decisão da Comissão Europeia no caso Tetra Pak II nos seguintes termos: “mas essa análise [da Comissão] ignora os custos de transação. Os sistemas da Tetra Pak eram usados para acondicionar comida. Seu mau uso poderia resultar em alimentos contaminados e, como resultado, no adoecimento ou morte em larga escala. Uma Corte poderia ter problemas para identificar a culpa e, como resultado, a Tetra Pak poderia ser responsabilizada. Além disso, as vendas futuras da Tetra Pak poderiam ser afetadas se houvesse a perda de confiança em seus sistemas. Meios menos restritivos poderiam, na verdade, ser difíceis de fazer valer. Por exemplo, se poderia dizer que a Tetra Pak deveria estabelecer especificações para as embalagens a serem utilizadas em conjunto com suas máquinas, mas permitir aos consumidores que adquirissem qualquer embalagem que cumprisse tais especificações. A Tetra Pak não poderia simplesmente, contudo, presumir que seus clientes cumpririam o acordo. Ela teria que monitorar a compra de suprimentos. Igualmente, teria que montar um sistema de certificação para que terceiros fornecedores de embalagens pudessem se tornar ‘fornecedores certificados’ e precisaria monitorar seu desempenho para garantir que eles mantivessem seu padrão. Nosso ponto não é que a Tetra Pak tinha uma justificativa de eficiência válida. Poderia ser um pretexto para discriminação de preços massiva ou fechamento do mercado de embalagens. Ao invés disso, nós vemos o caso Tetra Pak como um exemplo no qual uma justificativa plausível de eficiência foi rejeitada com base em um fundamento que ignora problemas contratuais usuais. Na prática, a defesa de eficiência é neutralizada por alegações desdenhosas de que as eficiências não são tão importantes ou poderiam ter sido atingidas de outra forma” (EVANS, David S.; SALINGER, Michael. Op cit., 2005, p. 53-54).

Soma-se a tais elementos a necessidade de a conduta produzir ou ter o potencial de produzir efeitos anticompetitivos, que não sejam compensados por eventuais eficiências que dela advenha.

Entre os principais efeitos anticompetitivos que se acreditava serem atribuíveis às vendas casadas e que historicamente motivaram um duradouro tratamento à prática como ilícito *per se* nos Estados Unidos, estão a alavancagem, o fechamento do mercado e a discriminação de preço entre adquirentes. Hoje, a maior parte da doutrina parece concordar que somente o fechamento do mercado, ao aumentar os custos dos rivais, se mostra uma ameaça mais plausível, não obstante a teoria da alavancagem tenha voltado a despertar algum interesse em função de discussões envolvendo a assimetria informacional, o efeito *lock in* e os custos de troca.

Diversos juristas e economistas dedicados ao tema hoje concordam, contudo, que as vendas casadas são praticadas na maior parte das vezes em mercados competitivos e por serem eficientes, sendo seus efeitos costumeiramente pró e não anticompetitivos. As vendas casadas podem diminuir custos de transação, permitir a entrada em mercados de difícil acesso, contornar o problema da marginalização dupla, atrair mais consumidores ao diminuir o preço do produto subordinante e ser instrumento de manutenção da reputação dos fabricantes e da qualidade dos seus produtos.

Tais justificativas podem surgir, é verdade, apenas como pretextos. Não por acaso, a jurisprudência norte-americana abandonou o modelo de ilicitude *per se* em função da chamada regra *quasi per se*, com diversas vozes pugnando pela adoção da regra da razão. No Brasil, corretamente a legislação concorrencial prevê considerações acerca do efeito como indissociáveis de eventual condenação da prática, não obstante a fraca redação do Código de Defesa do Consumidor acerca das vendas casadas exija um esforço hermenêutico de harmonização com a previsão antitruste.

5 INOVAÇÃO PREDATÓRIA E ANÁLISE CONCORRENCIAL

A etapa final da dissertação tem como objetivo analisar a inovação predatória na forma de integração tecnológica e redesenhos que geram incompatibilidade, com o objetivo de identificar critérios que possam auxiliar no exame dessas condutas e na apuração de eventual ilicitude.

O *patent* ou *product hopping*, portanto, não integra o escopo da investigação. Essa conduta, que denota alterações de dosagem ou pequenas mudanças de formulação em produtos da indústria farmacêutica para estender a patente e retardar a entrada de genéricos, é frequentemente referenciada pela doutrina como uma inovação predatória.³²¹ São grandes os debates acerca da prática se tratar de questão regulatória ou, adicionalmente, de problema de ordem concorrencial.³²² Salvo pela utilização da expressão “inovação predatória”, contudo, sua natureza é distinta da integração tecnológica e dos redesenhos que geram incompatibilidade, motivo pelo qual o *product hopping* foi excluído da presente análise.

O capítulo se inicia com uma análise da inovação predatória como categoria mais ampla, na qual a inovação, antes de exercer o papel de promoção da concorrência e conduzir ao desenvolvimento, como visto nos capítulos 2 e 3, é meio utilizado para fechar mercado e excluir concorrentes. Historicamente, a existência da inovação predatória ou a factibilidade de sua investigação não foi unânime na doutrina. Serão abordados os diferentes argumentos envolvidos na polêmica, bem como a identificação originalmente feita da inovação predatória com os preços predatórios, um entendimento que hoje cedeu lugar na maior parte à identificação da inovação predatória com as vendas casadas.

Na sequência, a inovação predatória será examinada nas suas duas configurações mais usuais e, por vezes, interconectadas: a integração tecnológica e os redesenhos que geram incompatibilidade. Serão retomados conceitos relevantes à discussão, como a Nova Economia, os efeitos de rede e o *lock in*, e introduzidas novas ponderações, como a importância da interoperabilidade em determinados segmentos.

A partir de tais fundamentos, serão abordados os diferentes critérios utilizados pela jurisprudência ao longo dos anos para distinguir inovações legítimas das

³²¹ DEVLIN, Alan. JACOBS, Michael. Anticompetitive innovation and the quality of invention. In: **Berkley Technology Law Journal**, vol. 27, n.1, 2012, p. 42 et seq.

³²² *Idem*.

predatórias. Da existência de direitos de propriedade intelectual à evidência de intenção, passando pela exigência de melhoria do produto ou manifestação de preferência do consumidor, os exemplos são diversos e o consenso, inexistente. Eles oferecem, contudo, terreno fértil para a análise crítica e o aprendizado. Apesar da maioria dos precedentes examinados ser oriundo das Cortes norte-americanas, será abordado também o recente caso da ferramenta *Google Shopping* no Brasil.

Há muito em comum entre a abordagem contemporânea da inovação predatória e a análise das vendas casadas, motivo pelo qual o capítulo 4 examinou os elementos de configuração, potenciais efeitos anticompetitivos e eficiências associadas à vinculação entre dois produtos. Muitos desses conceitos aplicam-se também à análise da inovação predatória, embora ela adicione novos elementos e subverta algumas premissas da análise tradicional das vendas casadas.

Isso ocorre porque, em primeiro lugar, o fato de a inovação predatória envolver propriedade intelectual acentua o conflito, real ou aparente, existente na intersecção dessa matéria com o Antitruste, conforme visto no capítulo 2. Em segundo lugar, o fato de ocorrer com frequência no contexto da chamada Nova Economia embebe a discussão em preocupações como externalidades de rede, custos de troca e efeito *lock in*, conforme discutido no capítulo 3. Em terceiro lugar, todas as incertezas existentes no tratamento da inovação pelo Antitruste, em especial aspectos de concorrência multidimensional e seus *trade offs*, também discutidos no capítulo 3, repercutirão diretamente no tratamento dado às inovações predatórias.

Tal ambiente de incerteza será relevante quando, concluída a análise jurisprudencial, passar-se à discussão dos limites enfrentados pelo Antitruste e seus operadores para oferecer a melhor solução ao caso concreto. A compreensão das limitações cognitivas enfrentadas por juristas e economistas servirá de base para que, na seção que encerra o presente capítulo, sejam propostos critérios para aferição das inovações predatórias a partir da doutrina e jurisprudência existente. A premissa a orientar tal proposta é a de que, se a ideia for não enfraquecer a concorrência e arrefecer a inovação, nos casos de inovação predatória falsos negativos ou absolvições errôneas serão melhores do que falsos positivos ou condenações errôneas.

5.1 DESMISTIFICANDO A INOVAÇÃO: TECNOLOGIA, PREDACÃO E VENDAS CASADAS

Não obstante da inovação geralmente resultarem benefícios em termos de desenvolvimento econômico e social, há raros casos em que o ato de inovar não está atrelado à busca pela eficiência. São casos, portanto, em que a inovação é utilizada como expediente anticompetitivo, voltada a forçar os rivais daquele que inovou a competir de forma menos eficiente e, no processo, excluí-los do mercado.³²³

Essa conduta é chamada de inovação predatória e pode ocorrer sob a forma de integração tecnológica e de redesenhos que geram incompatibilidade. A integração tecnológica se refere à situação em que dois produtos distintos são integrados fisicamente ou por meio de código, para que sejam utilizados conjuntamente. É, portanto, uma venda casada, mas que não se opera por meio de um contrato. Já os redesenhos denotam situação em que determinado produto é alterado para que deixe de ter compatibilidade com componentes comercializados por terceiros. No caso dos redesenhos e como resultado dessa incompatibilidade, o consumidor pode se ver obrigado a comprar ambos os produtos, o principal e o subordinado, de um único fornecedor, o que produz um efeito similar ao da integração tecnológica. Por esse motivo, em ambas as situações e ainda que os mecanismos sejam distintos, o consumidor se depara com uma modalidade de venda casada.

No coração da discussão sobre integração tecnológica, comumente reside a propriedade intelectual, tendo em vista que na quase totalidade dos casos o bem principal ou secundário está protegido por direitos desta natureza. O que se costuma observar é, de um lado, titulares de patentes ou desenhos industriais arguindo que o regime de propriedade intelectual lhes confere liberdade para explorar suas invenções como desejarem, inclusive integrando-as a outros produtos que podem ou não estar protegidos por tais direitos. De outro, competidores acusam tal conduta de expandir indevidamente o monopólio legal do bem principal a outro produto ou mercado por ele não abrangido, bem como de elevar os custos dos rivais com incompatibilidades que não oferecem benefícios ou se traduzem em melhorias ao público consumidor.

Nem toda integração ou redesenho, contudo, configura potencial ilícito concorrencial. Muito pelo contrário, tais casos exigem uma abordagem cautelosa para que não se condenem inovações legítimas, mas mal compreendidas, e, como resultado, se crie um desincentivo ao ato inventivo. Da mesma forma que ocorre com

³²³ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 320.

as vendas casadas, na maior parte dos casos a conduta está antes atrelada à busca por eficiências do que a uma prática de exclusão.

Nesse contexto e como ressaltam Christina Bohannon e Herbert Hovenkamp, é preciso lembrar que o mercado costuma endereçar por si próprio inovações nas quais o consumidor não vê valor. Além disso, a maior parte das inovações causa lesões aos rivais se os consumidores tiverem preferência pela nova oferta. Significa dizer que a inovação está frequentemente atrelada à eficiência, e a eficiência ainda é o principal fator a desestabilizar o jogo competitivo e tirar empresas do mercado de forma lícita.³²⁴

Por outro lado, os autores reconhecem que os agentes podem inovar com o único objetivo de aumentar o custo dos rivais e fechar o mercado, sem oferecer melhoria em relação ao produto anterior ou benefício real ao consumidor como resultado do processo inventivo. Em outras palavras, sem eficiências. Reconhecem, portanto, a existência da inovação predatória, ainda que sejam casos de difícil identificação e análise.³²⁵

Tal dificuldade é visível em questionamentos em relação ao que configura uma melhoria efetiva em relação ao produto anterior, ou, ainda, em como identificar se há algum benefício real ao consumidor, uma vez que as preferências desse grupo heterogêneo são influenciadas por um sem número de fatores. O presente capítulo voltará a tais pontos, mas é possível adiantar que questões como a aferição da existência de benefícios ao consumidor, a dizer, de eficiências que aumentem seu bem-estar, não são uma singularidade da inovação predatória. Pelo contrário, elas estão no cerne da análise de qualquer conduta que não seja uma violação *per se* da norma concorrencial.

Dificuldades de enquadramento a parte, casos analisados nas últimas décadas pelas Cortes e autoridades concorrenciais, especialmente as norte-americanas, demonstram que a inovação predatória é uma realidade. Obrigam, portanto, o jurista a afastar a concepção quase mítica da inovação como algo invariavelmente positivo, em prol de uma abordagem mais matizada.³²⁶

³²⁴ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 322.

³²⁵ Ibidem, p. 323.

³²⁶ “O estudo desse tipo de predação [por meio da inovação] serve também para derrubar um mito. Nem toda inovação tecnológica é por si positiva. Ela pode ser uma estratégia para eliminar o concorrente e dominar os mercados. Inovação nem sempre significa evolução.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p. 185).

É de se destacar que boa parte da doutrina relaciona a inovação predatória às vendas casadas ou, ainda, a uma recusa em licenciar que, para o consumidor, se traduz como venda casada.³²⁷ Nem sempre foi assim. A expressão já foi empregada para designar uma conduta mais próxima aos preços predatórios do que à negociação compulsória, justificando a nomenclatura recebida.

A presente seção se inicia pela formulação do conceito de inovação predatória que ficou conhecida como modelo de Ordover-Willig. Serão discutidas, na sequência, as críticas de Frank H. Easterbrook e Joseph G. Sidak, que pugnavam por uma legalidade *per se* de qualquer inovação. Finalmente, se abordará a concepção dominante em relação à conduta, a partir da qual as críticas da Escola de Chicago serão rediscutidas à luz do desenvolvimento de teorias como a da alavancagem em sua versão pós-Chicago e do fechamento, bem como no contexto de Nova Economia.

5.1.1 O modelo de Ordover-Willig e as críticas da Escola de Chicago

A predação costuma ser definida como conduta por meio da qual uma empresa busca o aumento de seus lucros não mediante desempenho superior, mas ao provocar lesões injustas em seus rivais.³²⁸ No contexto ora tratado, tais lesões são ditas como injustas por não decorrerem da rivalidade saudável, mas de ato ilícito.

Tal conduta costuma estar atrelada à prática de preços predatórios. Um agente em posição dominante num determinado mercado cobra preços abaixo do custo por período de tempo suficiente para impedir a entrada de novos agentes ou excluir seus rivais. Embora preços mais baixos em princípio sejam positivos para o consumidor, o objetivo do agente que pratica preços predatórios é excluir seus rivais que não tenham condições econômicas para se engajar em uma guerra de preços e suportar prejuízos contínuos. Uma vez excluídos tais rivais do mercado, o agente estaria em uma posição de monopolista e poderia passar a cobrar preços supracompetitivos que colocariam o consumidor em uma posição pior do que se a concorrência tivesse sido mantida. Em outras palavras, o agente suporta perdas no

³²⁷ São exemplos Herbert Hovenkamp, Frank H. Easterbrook e Joseph G. Sidak. No Brasil e em um entendimento particular, Calixto Salomão Filho considera os redesenhos que geram incompatibilidade na seara da predação, de forma similar ao modelo de Ordover-Willig, mas posiciona a integração tecnológica como vinculada às negociações compulsórias, gênero do qual a venda casada é espécie.

³²⁸ SIDAK, Joseph G. Debunking Predatory Innovation. **Columbia Law Review**, vol. 83, n. 5, 1983, p. 1124.

curto prazo para que, no futuro, possa compensá-las com o lucro de preços de monopólio.³²⁹

Em relação aos preços abaixo do custo, há quem sustente que se pode chegar a tal resultado por meio de mecanismos distintos, como alterações no produto, pesados investimentos em publicidade ou incentivos de vendas. Para que haja predação, o ponto principal é que tais investimentos não sejam refletidos no preço, o qual deve permanecer abaixo do custo por tempo suficiente para excluir rivais.³³⁰

É nesse contexto que, no início dos anos 80, Janusz A. Ordover e Robert D. Willig formularam sua hipótese de inovação predatória³³¹ que poderia ocorrer em dois cenários, embora não seja uma derivação necessária deles.³³² O primeiro deles é por meio da introdução, no mercado, de um novo produto substituto àquele de um concorrente, o que, como resultado, coloca em risco a existência desse concorrente ao atrair para si seus consumidores. O segundo é mediante a criação de incompatibilidade, pelo fabricante de determinado produto, entre este produto e seus componentes desenvolvidos por terceiros. Em outras palavras, por meio de um redesenho que gera incompatibilidade.³³³

Ordover e Willig chegam a afirmar que mesmo na hipótese do novo produto ser superior ao anterior, é possível que a inovação seja predatória. Para tanto, será fundamental o atendimento a dois critérios: a realização de um sacrifício predatório de lucro (*predatory profit sacrifice*) e a existência de um motivo, uma razão para predar (*predatory motive*).³³⁴

³²⁹ AREEDA, Philip; TURNER, Donald. F. Pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 4, 1975, p. 698-699. A matéria de preços predatórios é complexa e, mesmo hoje, altamente controversa. É utilizada ao longo da presente seção a expressão “custo” de forma genérica, mas há várias teorizações sobre que custo seria esse (marginal, médio variável, médio total), e, ainda, sobre se preços acima do custo automaticamente excluiriam a chance de predação, apenas para citar alguns exemplos. Para uma análise que pondera diferentes visões acerca dos preços predatórios e de sua aplicação pelas Cortes, ver SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., p. 158 et seq.

³³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op cit., 2003, p. 186.

³³¹ ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert. D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. **Yale Law Journal**, vol. 91, 1981.

³³² Nesse sentido, os autores afirmam expressamente que “cada uma dessas táticas pode ter três efeitos. Primeiro, podem aumentar a variedade ou a qualidade dos produtos disponíveis para os consumidores. Segundo, podem facilitar a entrada prócompetitiva [no mercado] de novas empresas, ou a expansão prócompetitiva de uma variedade de produtos concorrentes. Em terceiro lugar, contudo, podem prejudicar a concorrência ao eliminar rivais cuja viabilidade é essência a ela.” (Ibidem, p. 23).

³³³ Ibidem, p. 22.

³³⁴ Ibidem, p. 26.

No modelo de Ordover-Willig, o predador comercializaria seu novo produto pelo preço do anterior, sem considerar os custos de P&D em que incorreu no processo. Dessa forma, o efeito seria similar àquele obtido pela prática de preços predatórios. Contudo, o sacrifício predatório de lucro não seria suficiente. É necessário ainda que a probabilidade da saída do rival seja substancialmente aumentada pela introdução do novo produto, e que o lucro de monopólio após tal saída seja suficiente para tornar a predação rentável.³³⁵ Logo, deve ser possível a recuperação do que se perdeu ou se deixou de ganhar no curto prazo pelos preços de monopólio cobrados no futuro.

Para os autores, motivo ou razão predatória são questões estruturais e contextuais que, se verificadas, tornariam a conduta predatória racional. Na ausência deles, a predação seria irracional e, portanto, não seria necessário inquirir sobre seus efeitos ou intenção do agente.³³⁶ Dentre os motivos, pode-se citar a presença de condições estruturais conducentes à concentração horizontal e a existência de barreiras à entrada.³³⁷ No caso dos redesenhos que geram incompatibilidade, soma-se a tais condições a impossibilidade de o incumbente cobrar preços de monopólio pelo produto principal.³³⁸ Embora não haja menção expressa nesse sentido, pode-se dizer que o modelo de Ordover-Willig pressupõe ainda a existência de poder de mercado do agente que se engaja na predação.³³⁹

O teste proposto pelos autores para determinar se a inovação é predatória remete à verificação se os investimentos da empresa em P&D e outros custos poderiam ser recuperados em um cenário no qual a permanência dos rivais no mercado fosse viável.³⁴⁰ Para distinguir os investimentos predatórios em P&D daqueles em projetos legítimos, mas que não tiveram sucesso, os autores propõem inquirir, nos casos de redesenhos, se uma alternativa menos exclusionária do *design*

³³⁵ É interessante notar que Ordover e Willig sustentam que uma estratégia que reduza temporariamente os lucros, sem que, contudo, faça o agente incorrer em perdas de curto prazo, poderia ainda assim ser predatória. O mais comum nas formulações sobre predação, embora não haja unanimidade, é que se exija a efetiva tomada de prejuízo, seja na forma de venda abaixo do custo médio variável, como no modelo desenvolvido por Areeda-Turner nos anos 70, ou outro substituto. (ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert. D. Op cit., 1981; AREEDA, Philip.; TURNER, Donald. F. Op cit., 1975, p. 732-733 e; SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., p. 168).

³³⁶ ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert. D. Op cit., 1981, p. 13.

³³⁷ Ibidem, p. 26.

³³⁸ Ibidem, p. 31.

³³⁹ SIDA, Joseph G. Op cit., 1983, p. 1125.

³⁴⁰ ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert. D. Op cit., 1981, p. 24.

do novo produto geraria um maior lucro incremental para o inovador do que a alternativa escolhida, dentro da premissa de permanência dos rivais no mercado. Os autores reconhecem que esse teste pode ser especulativo demais para ter valor legal, mas aduzem que, em algumas instâncias, pode ser que tais melhores alternativas sejam evidentes.³⁴¹

A predação, por outro lado, é categoria mais ampla do que a inovação predatória, e objeto de grandes debates e incertezas na seara antitruste desde meados dos anos 70 do século passado. Discute-se não apenas seus critérios de aferição, mas também a dificuldade de operacionalização de tais critérios, a existência de contra estratégias pelos rivais e até mesmo uma eventual irracionalidade econômica da conduta.³⁴² Falar de inovação predatória apenas complica tal quadro, ao introduzir a variável da tecnologia em um já difícil balanço entre a indesejável predação monopolística e a desejável competição agressiva.³⁴³

No início dos anos 80, as conclusões de Ordover e Willig foram criticadas por autores como Frank H. Easterbrook e Joseph G. Sidak³⁴⁴, que defendiam a legalidade *per se* das inovações. Estes autores pontuam que a distinção entre inovação predatória e competição meritória, nos termos formulados por Ordover e Willig, é difícil. Isso porque tanto a predação, quanto o processo regular de inovação, envolvem perdas de curto e médio prazo, neste segundo caso atreladas aos investimentos em P&D. Distinguir as perdas regulares das decorrentes de predação é tarefa hercúlea, que gera o risco de falsos positivos com o potencial de enfraquecer a atividade inventiva.³⁴⁵

Frank Easterbrook, em particular, analisa a predação de forma mais ampla. Dedicar-se aos preços predatórios e tratar da inovação predatória dentro deste contexto. Na linha da Escola de Chicago, à qual se filia, o autor questiona se a predação seria passível de gerar benefícios aos agentes que nela se engaja ou se seria conduta irracional, uma vez que a recuperação dos recursos despendidos seria

³⁴¹ *Ibidem*, p. 49.

³⁴² EASTERBROOK, Frank H. *Op cit.*, 1981, p. 263-264.

³⁴³ SIDAK, Joseph G. *Op cit.*, 1983, p. 1122.

³⁴⁴ EASTERBROOK, Frank H. *Op cit.*, 1981. SIDAK, Joseph G. *Op cit.*, 1983.

³⁴⁵ “Nada similar a uma comparação entre preço e custo está disponível para identificar o sacrifício de lucro de um inovador, realizado para excluir rivais e estabelecer um monopólio. Toda inovação envolve um sacrifício de curto prazo – o montante investido em P&D. (...) Assim, avaliado *ex post*, qualquer inovação pode aparecer predatória.” (EASTERBROOK, Frank H. *Op cit.*, 1981, p. 306 – tradução livre).

quase impossível, e os riscos, muito elevados. Ele adere a essa última conclusão.³⁴⁶ Ao percorrer um caminho crítico de análise dos preços predatórios, conclui que não são factíveis. Assim, pondera que a inovação predatória que opere por um mecanismo similar, como no modelo de Ordover-Willig, igualmente não o seria.³⁴⁷

Easterbrook reconhece, contudo, a possibilidade de determinado agente utilizar a inovação para predação, ainda que os preços predatórios não sejam possíveis. Em tais casos, entende que se estará diante de uma conduta que é antes próxima à venda casada do que à predação.³⁴⁸ Afinal, os redesenhos que geram incompatibilidade muitas vezes resultam em uma venda casada ao forçar os consumidores a adquirir pacotes de produto de um determinado fabricante.

Nesse sentido, Sidak argumenta que uma das falhas do modelo de Ordover-Willig é o fato de não explorar a aproximação da inovação predatória, em especial das integrações tecnológicas, com as vendas casadas contratuais, e, assim, deixar de identificar as características de aumento de eficiência comum a ambas.³⁴⁹ Exemplos de eficiências citados por Sidak incluem a discriminação de preços entre adquirentes e a utilização da integração tecnológica como *metering*, a assunção do risco do consumidor pelo fabricante, a manutenção da qualidade do produto, e a redução dos custos de transação atrelados ao monitoramento de terceiros que fornecem peças compatíveis com o produto principal, entre outras situações possíveis.³⁵⁰

Sidak e Easterbrook colocam em dúvida se as condutas enquadradas como vendas casadas, e, nessa toada, a inovação predatória, poderiam verdadeiramente reduzir o bem-estar do consumidor, ou se seriam passíveis apenas de eficiências. Em

³⁴⁶ “Eu concluo que cada estratégia [predatória] possível, embora superficialmente plausível, é improvável de ser rentável dados os riscos enfrentados pelo predador e as respostas disponíveis para os rivais.” (Ibidem, p. 264). Em contexto no qual criticam a conexão da inovação predatória com os preços predatórios e analisam o risco do predador em ambos os cenários, Christina Bohannon e Herbert Hovenkamp dirão que: “A assim chamada inovação ‘predatória’ de produto tem sido conectada com preços predatórios, hipótese em que empresas cortam seus preços de forma dramática até que tirem seus rivais do mercado, e depois aumentam seus preços para níveis de monopólio. Porém, as diferenças são bastante profundas. Antes de mais nada, cortes de preço podem geralmente ter efeito imediato e ser terminados se não estiverem funcionando. Uma inovação predatória terá sucesso apenas se o produto for de fato trazido ao mercado, e isso tipicamente envolve uma alocação de recursos substancial e na maior parte irreversível (...); de forma que o risco do predador é muito maior do que nos casos de preços predatórios.” (BOHANNAN, Christina.; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 322 – tradução livre).

³⁴⁷ EASTERBROOK, Frank H. Op cit., 1981, p. 304.

³⁴⁸ Ibidem.

³⁴⁹ SIDAK, Joseph G. Op cit., 1983, p. 1122.

³⁵⁰ Ibidem, p. 1126 et seq.

teoria, todas as possíveis justificativas e eficiências atreladas às vendas casadas, discutidas no capítulo 4, poderiam servir aos casos de inovação predatória.

É possível fazer essa mesma afirmação para os potenciais efeitos anticompetitivos. A partir do momento em que a inovação predatória se distancia da predação para se aproximar das vendas casadas, Easterbrook conclui que o efeito anticompetitivo da venda casada que poderia se materializar nestes casos seria a alavancagem. Contudo, prossegue, na linha argumentativa da Escola de Chicago, a desconstruir a alavancagem como um resultado economicamente plausível das vendas casadas³⁵¹ e, por extensão, da inovação predatória. Como resultado, conclui, assim como o faz Sidak, que a inovação predatória está antes atrelada a eficiências do que a efeitos anticompetitivos e, argumenta em favor do reconhecimento da legalidade *per se* da conduta.³⁵²

É necessário compreender, contudo, a análise desses dois autores no contexto em que se inserem, isso é, no início dos anos 80. Naquela época, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana ainda considerava as vendas casadas ilícitas *per se*, ao mesmo tempo em que a teoria da alavancagem, principal argumento para tal enquadramento, já havia sido fortemente desacreditada pela Escola de Chicago. Havia, portanto, um desajuste entre o entendimento jurisprudencial e o doutrinário, que só viria mudar a partir do caso *Jefferson Parish*, de 1984. A partir desse caso, o tratamento das vendas casadas se transforma em *quasi per se*. Finalmente, nos anos 90 o litígio entre as ISOs e a Kodak passa a marcar um distanciamento da alavancagem em direção ao fechamento, outro efeito que passou a ser atribuído às vendas casadas e que foi abordado no capítulo 4.

Sidak e Easterbrook escrevem suas conclusões em um cenário anterior ao aprofundamento de teorizações sobre o fechamento do mercado como efeito possível das vendas casadas. Além disso, na época em que publicaram seus artigos, a teoria da alavancagem não havia sido reformulada na linha pós-Chicago, que levanta pontos de especial interesse aos mercados da Nova Economia, em cujo âmbito as discussões sobre inovação predatória costumam ocorrer. Entre eles estão questões relativas à

³⁵¹ Estes argumentos foram expostos no presente trabalho em seu capítulo 4, na seção dedicada exclusivamente aos potenciais efeitos anticompetitivos atribuídos às vendas casadas. Para se evitar repetições desnecessárias, eles não serão retomados aqui.

³⁵² EASTERBROOK, Frank H. Op cit., 1981, p. 307 et seq. e SIDAK, Joseph G. Op cit., 1983, p. 1148-1149.

assimetria informacional e aos efeitos de rede, e, como resultado, ao efeito *lock in*, aos custos de troca e à dependência de caminho.

A formulação de Ordover e Willig, ainda que não integre o *mainstream*, demonstra porque uma conduta hoje associada fortemente às vendas casadas ainda carrega a expressão “predação” em seu nome.

Por outro lado, se a aproximação da inovação predatória às vendas casadas é às suas eficiências é uma importante contribuição dos trabalhos de Sidak e Easterbrook, por outro não parece possível, dado o estágio atual do desenvolvimento da matéria, manter a conclusão de que inexistem efeitos anticompetitivos com base unicamente nas críticas de Chicago à alavancagem.

Por fim, não obstante o exposto a respeito da relação questionável entre a inovação predatória e a categoria mais ampla de predação, no presente trabalho optou-se pela manutenção da nomenclatura “inovação predatória”. Tal opção decorre do fato dessa expressão já estar consagrada pela doutrina e jurisprudência, inclusive para designar seu enquadramento contemporâneo. Sua alteração, portanto, poderia antes causar mais confusão do que dar maior clareza em relação à sua natureza.

5.1.2 A inovação predatória na contemporaneidade: indústrias de rede e interoperabilidade

O ponto comum entre o modelo de Ordover-Willig e a posição dominante atual acerca da inovação predatória reside no fato de seu enquadramento como conduta anticompetitiva em si mesma, que busca causar prejuízos aos rivais sem gerar eficiências.

Por outro lado, continuam sendo objeto de controvérsia quais elementos caracterizariam a inovação predatória: intenção, coerção, ausência de melhoria técnica do produto ou de preferência do consumidor, teste do produto único – há precedentes utilizando e refutando todos estes elementos. Igualmente, afloram as discussões sobre qual seria o melhor padrão de análise da conduta. Se nas vendas casadas tradicionais a aplicação da regra da razão é hoje a posição majoritária da doutrina, em que pese o atual precedente da Suprema Corte norte-americana aplique a regra *quasi per se*, na inovação predatória o cenário é outro. Aqui, a complexa realidade da Nova Economia e a preponderância do elemento inovação embalam os debates sobre a administrabilidade, pelas Cortes, de um cálculo utilitarista de bem-

estar nos moldes da regra da razão, com algumas vozes e decisões sugerindo a adoção de um padrão de análise mais simples.³⁵³

Independentemente da discussão acerca dos seus critérios de aferição, a inovação predatória herda das vendas casadas o potencial para apresentar as mesmas eficiências e efeitos anticompetitivos, embora com algumas particularidades que podem ampliá-los.³⁵⁴ É que os casos de inovação predatória costumam ocorrer nas já discutidas indústrias da Nova Economia, caracterizadas por uma alta dinamicidade, investimento pesado em inovação, fortes efeitos de rede e tendência à formação de monopólios sucessivos.

Esse cenário, especialmente a existência de efeitos de rede e a tendência à concentração, torna a interoperabilidade essencial e aumenta as chances de se verificarem efeitos como a alavancagem, na sua formulação pós-Chicago, e o fechamento. Isso porque devido às externalidades de rede, os redesenhos que geram incompatibilidade podem, em tais situações, tornar os fornecedores de produtos complementares alijados do mercado, ao impedir que seus produtos sejam compatíveis com aqueles da empresa dominante.

Os consumidores, por sua vez, devido aos custos de troca, assimetria informacional e dificuldade em coordenar sua ação coletivamente, podem carecer das condições necessárias para articular uma resistência a tal conduta, ainda que parte deles entenda que a estratégia da empresa dominante lhes é prejudicial no longo prazo.³⁵⁵ Por outro lado, esses mesmos consumidores se beneficiam das externalidade de rede da qual esse mesmo efeito *lock in* decorre.³⁵⁶

³⁵³ São exemplos Alan Devlin e Michael Jacobs; ou, ainda, defendendo uma legalidade *per se* das inovações, Frank H Easterbrook e Joseph Sidak. No Brasil, Paulo Brancher sugere uma presunção de legalidade *per se* para tais casos, mas que admita prova em contrário pela regra da razão. Ainda, a Corte de Apelação do Nono Circuito dos Estados Unidos, em precedente a ser discutido mais adiante, se pronunciou no sentido de uma impossibilidade de administração judicial da regra da razão em casos versando sobre inovação predatória, e, em seu lugar, propôs um teste alternativo.

³⁵⁴ SCHANZENBACH, Max. Op cit., 2002.

³⁵⁵ Ibidem.

³⁵⁶ Em oposição à corrente majoritária na doutrina, Daniel Spulber questiona a probabilidade de ocorrência do efeito *lock in* e o potencial dos prejuízos econômicos decorrentes de tal efeito serem significativos. O autor enumera três fatores que sustentariam sua argumentação: a possibilidade dos consumidores desenharem contra estratégias, isso é, de coordenarem suas ações; a limitação da ocorrência do efeito *lock in* às indústrias de tecnologia da informação e comunicação, e a algumas indústrias de eletrônicos; e o fato das empresas que atuam em indústrias de rede terem fortes incentivos para garantir interoperabilidade quando necessário. (SPULBER, Daniel. Unlocking technology. In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 120 et seq).

É necessário aprofundar, neste ponto, algumas características dos mercados de rede onde operam as indústrias da Nova Economia. Em primeiro lugar, tais mercados mudam rapidamente, e a coexistência de produtos incompatíveis é geralmente instável e resulta em um único vencedor que domina todo o mercado. Além disso, muitas vezes o que determina o vencedor são as expectativas acerca de como a rede irá se desenvolver e de qual tamanho irá atingir. A vitória não necessariamente irá, portanto, para o produto tecnicamente superior ou para o mais barato. Um produto inferior ou mais caro pode derrotá-los se houver uma expectativa de que ele irá fazê-lo. Stanley Besen e Joseph Farrell lembram, por exemplo, que o sucesso inicial do MS-DOS não decorria de uma superioridade técnica, mas do fato do sistema ser suportado pela IBM.³⁵⁷ Além disso, nos mercados de rede a história importa, ou seja, existe uma forte dependência de caminho. Uma vez que a compatibilidade com a base instalada é um atributo altamente valorizado pelos consumidores, produtos superiores, mas introduzidos tardiamente, podem não conseguir vencer padrões inferiores, mas pré-existentes.³⁵⁸

Max Schanzenbach adverte, contudo, que a permanência de tecnologias inferiores não deve ser uma preocupação do Antitruste, a menos que atingida por expedientes anticompetitivos. A proteção dos consumidores contra condutas anticompetitivas de empresas, e não a seleção de vencedores da corrida tecnológica, é onde reside seu propósito.³⁵⁹ Inclusive porque nada sugere que a intervenção governamental faria um melhor trabalho em tal seleção, mesmo diante da existência de falhas de mercado.

O segmento de sistemas operacionais e softwares é um bom exemplo de mercado de rede. Quanto mais programas de computador são escritos para um sistema operacional específico, mais consumidores irão escolher aquele sistema. Quanto mais usuários determinado sistema operacional possuir, isto é, quanto maior for o tamanho de sua rede, mais desenvolvedores irão escrever programas para aquele sistema operacional.

A Microsoft ilustra bem tal realidade. Em setembro de 2019, a empresa detinha aproximadamente 79.1% do mercado de sistemas operacionais para

³⁵⁷ BESEN, Stanley M. FARELL, Joseph. Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization. **The Journal of Economic Perspective**, vol. 8, nr 2, 1994, p. 118.

³⁵⁸ Ibidem, p. 118-119.

³⁵⁹ SCHANZENBACH, Max. Op cit., 2002.

computadores pessoais.³⁶⁰ É verdade que esse número já foi maior, tendo chegado próximo a 95% no final dos anos 90.³⁶¹ Ainda assim, a dominância da Microsoft segue sendo tamanha que qualquer terceiro que deseje comercializar suas aplicações em computadores pessoais depende, em larga medida, da sua habilidade de operar dentro do ambiente do sistema operacional *Windows*.

A interoperabilidade, portanto, é condição essencial para a entrada e sobrevivência na indústria da computação, sendo sua ausência uma forte barreira à introdução de novos competidores e à permanência no mercado de rivais em situação de dependência em relação à plataforma dominante. Por este motivo, quando alterações em tal plataforma são realizadas para suprimir sua compatibilidade com aplicações periféricas de terceiros, ainda que sob a guisa de inovação, o bem-estar do consumidor pode ser prejudicado. A dificuldade reside justamente em entender se os eventuais prejuízos de curto prazo seriam superados por eficiências de longo prazo trazidas pela inovação que gerou a incompatibilidade.

A conclusão de Jonathan Jacobson, Scott Sher e Edward Holman resume as ideias expostas até aqui:

O redesenho predatório se torna ainda mais perigoso em mercados de rede, como o do software e hardware, por diversas razões. Em primeiro lugar, o efeito lock in, a presença de externalidades de rede, [mercados do tipo] o vencedor leva tudo, e efeitos similares, em conjunto com baixos custos marginais, pode amplificar os efeitos anticompetitivos da conduta. Em segundo lugar, em tais mercados a presença do monopolista pode ser fortalecida pelos direitos de propriedade intelectual de sua titularidade. Embora a mudança de design ou a atualização de produtos protegidos por patentes (...) permaneçam sendo decisões de seu titular – assim como a união em pacote de dois produtos distintos – [esses] direitos podem ser explorados para aumentar as barreiras à entrada e excluir rivais.³⁶²

A possibilidade de a inovação predatória causar danos no cenário da Nova Economia não muda o fato da maior parte das inovações ainda ser largamente benéfica, sendo os casos de inovação predatória raros. Na maioria das vezes, a habilidade dos consumidores em realizar comparações quanti e qualitativas faz com

³⁶⁰ A plataforma StatCounter oferece uma visão a respeito da parcela de mercado detida por diferentes sistemas operacionais para desktop e dispositivos móveis ao longo dos anos. (Disponível em: <https://gs.statcounter.com/os-market-share/desktop/worldwide>. Acesso em 20 de outubro de 2019)

³⁶¹ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 313.

³⁶² JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott; HOLMAN, Edward. Predatory Innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the context of Section 2 jurisprudence. **Loyola Consumer Law Review**, vol. 23, n. 1, 2010, p. 3 (tradução livre).

que os mecanismos do próprio mercado, sem a intervenção do Antitruste, permaneçam a melhor forma de se endereçar inovações indesejáveis.³⁶³ Ao Antitruste cabe intervir nos poucos casos em que tal arbítrio seja impedido pela existência de determinadas condições estruturais, como a posição dominante em mercado altamente concentrado, a existência de efeitos de rede ou a dependência do segmento de padrões de interoperabilidade.

Feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise da integração tecnológica e dos redesenhos que geram incompatibilidade, especialmente dos seus critérios de aferição, a partir de alguns julgados a respeito de tais práticas.

5.2 A INOVAÇÃO PREDATÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA

A inovação predatória tem gozado de uma história de pouca consistência junto às Cortes e autoridades concorrenciais, especialmente em relação a quais critérios devem se materializar para que eventual integração tecnológica ou redesenho que gere incompatibilidade seja considerado anticompetitivo. Alguns precedentes consideram a intenção fundamental, outros a refutam. Para determinada Corte, a escolha livre dos consumidores por determinado produto é o critério máximo a apontar para a legalidade de uma inovação, enquanto outros julgadores repousam suas crenças nos méritos técnicos da invenção em relação à versão que a antecedeu.

E isso em jurisdições como a norte-americana, que já teve a oportunidade de analisar alegações de inovação predatória diversas vezes desde os anos 70 do século passado, embora nenhum dos casos tenha chegado à Suprema Corte do país. O Brasil, ao seu turno, teve uma única oportunidade de analisar um caso de inovação predatória, ao menos sob tal denominação, em um processo administrativo envolvendo o *Google Shopping*, arquivado pelo CADE em 2019. O mesmo caso foi objeto de discussão nos Estados Unidos e União Europeia, com resultados distintos.

Entre erros e acertos, a história judicial de pouca consistência da inovação predatória, contudo, não significa uma história sem aprendizados.

A presente seção analisa algumas decisões emblemáticas, ainda que por vezes contraditórias, envolvendo o tema nos Estados Unidos, bem como o único julgado brasileiro a versar sobre a matéria. Os casos aqui tratados não esgotam o

³⁶³ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 10.

tema e outros poderiam ter sido selecionados. Contudo, foi feita uma opção particular por esses litígios não somente pela frequência com que são retomados pela doutrina, como também por trazerem elementos distintos que, submetidos à crítica, podem auxiliar na proposta deste trabalho em oferecer critérios para aferir a existência da conduta.

5.2.1 A preferência dos consumidores e o caso Berkey Photo Inc. vs Eastman Kodak Co.

O litígio da Berkey Photo contra a empresa Kodak³⁶⁴ se iniciou devido à introdução, pela Kodak, de um sistema fotográfico formado por um novo modelo de câmera portátil e um filme colorido compatível com tal equipamento, chamado sistema 110, que depois ficou conhecido como *Pocket Instamatic*. O novo filme permitia revelar fotos coloridas mais claras a partir de negativos menores, mas, para tanto, demandava um processo de finalização da foto inexistente nas câmeras da época. Isso levou a Kodak, empresa dominante em seu segmento no período, a desenvolver um novo modelo de câmera para lançamento em conjunto com o filme.

Após a introdução desses produtos no mercado, por um período de tempo o novo filme só podia ser utilizado em conjunto com a câmera desenvolvida pela Kodak. Tal utilização conjunta não decorria de imposição da Kodak, mas de um natural período de ajuste pelos concorrentes para que seus próprios modelos de câmera fossem compatíveis com o filme 110.

Nesse contexto, a concorrente Berkey Photo alegou que a Kodak teria se engajado em diversas ações supostamente anticompetitivas, a saber: (1) não revelou previamente e de maneira suficiente seu novo sistema 110 aos competidores, de forma que estes pudessem desenvolver produtos compatíveis com o novo formato; (2) comercializou seu novo filme em conjunto com a nova câmera, quando na verdade a utilização de ambos em conjunto não era necessária para produzir boas fotografias com o equipamento; e (3) restringiu a comercialização de seu novo filme apenas para o modelo de câmera que a própria Kodak acabara de desenvolver.

O caso foi julgado pela Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos, em 1979. A decisão foi favorável à Kodak. Sobre uma alegada obrigação da

³⁶⁴ Berkey Photo Inc. vs Eastman Kodak Co. 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979)

Kodak em revelar previamente seu sistema 110 aos seus competidores, os julgadores entenderam que a lei não impunha tal obrigação à Kodak, ainda que a empresa voluntariamente tenha feito essas revelações em ocasiões anteriores. Reafirmaram, inclusive, que uma empresa, mesmo monopolista, que desenvolva algo novo tem direito de gozar das vantagens que decorrem de seu sucesso. Em relação à comercialização do filme 110 apenas para a câmera 110, a Corte não chegou a se pronunciar a respeito da alegada anticompetitividade da conduta, tendo suspenso sua análise no que considerou uma ausência de danos à Berkey Photo. No entendimento da Corte, a Berkey Photo não teria apresentado evidências de que consumidores deixaram de comprar suas câmeras porque os filmes 110 não estavam disponíveis para elas.

Quanto à alegação de que a comercialização do filme e câmera em conjunto seria anticompetitiva, a Corte afirmou que mesmo um monopolista pode, de maneira geral, trazer seus produtos ao mercado como preferir. Pontuou, contudo, que isso não significa que a introdução de novos produtos esteja imune do escrutínio do Antitruste, mas que nos casos de violação da norma concorrencial, não seria o produto em si, mas alguma conduta associada a ele que embasaria a violação. Mais importante, sustentou que se não há coerção para que os consumidores adquiram o produto em conjunto, e se o produto ganha aceitação no mercado, não é relevante se o julgador considera o produto inferior ou não. Em outras palavras, se os consumidores preferem o produto, seria irrelevante se ele é ou não uma melhoria efetiva em sentido técnico.

Christina Bohannon e Herbet Hovenkamp notam que a introdução de tais produtos de fato prejudicou a Berkey Photo, mas o fez precisamente porque teve uma aceitação positiva pelos consumidores. A introdução do modelo *Instamatic* no mercado norte-americano foi um grande sucesso, e alavancou de forma dramática a venda de câmeras amadoras de baixo custo. Os autores sugerem que o aumento das vendas em todo o mercado atribuível à introdução de determinado produto é um forte sinal de que a prática é pró-competitiva, ainda que o produto introduzido seja incompatível com os componentes de rivais. Em seu entendimento, tal fato por si só deveria afastar de forma absoluta alegações de predação, pois, em linha com a decisão do Segundo Circuito, as autoridades concorrenciais não deveriam interferir

no julgamento do próprio mercado sobre que inovações caracterizam uma boa ideia.³⁶⁵

No teste proposto pelo Segundo Circuito, portanto, se os consumidores preferem o produto, não há predação, independentemente dos méritos técnicos e de considerações sobre a acuidade do julgamento dos consumidores.³⁶⁶ Se eles não gostam do produto, igualmente não há predação, porque o próprio mercado cuida de expelir inovações sem aceitação pelo público. Para que tal teste funcione, é importante que inexista coerção, um requisito já presente na disciplina tradicional das vendas casadas. Há autores, contudo, que entendem ser tal critério muito vago, e advogam pela desconsideração da coerção na análise das inovações predatórias, alegando que apenas a eliminação e, não uma simples redução do poder de escolha do consumidor, deveria ser um pré-requisito para uma violação antitruste.³⁶⁷

5.2.2 A intenção e o caso CR Bard Inc. v. M3 Systems Inc.

Em 1998, a Corte de Apelação do Circuito Federal dos Estados Unidos julgou um caso envolvendo equipamento de biópsia que teria sido redesenhado para gerar incompatibilidade com componentes fabricados por terceiros. Em CR Bard Inc. v M3

³⁶⁵ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 322.

³⁶⁶ “Alguns podem ficar tentados a expandir o escopo de uma potencial ilegalidade ao adotar o princípio de que a escolha do consumidor não tem significado se é restringida ou se está sujeita a alguma influência imprópria. Poderia se entreter então alegações antitruste contra um produto ‘melhorado’ em relação ao qual os consumidores demonstrem alguma predileção por se considerar que sua demanda é de alguma forma irracional, ou distorcida por condições do mercado ou pela própria conduta do réu. Esse artigo rejeita tal abordagem porque ela retira dos consumidores um papel significativo na análise judicial da legitimidade de uma inovação. Uma miríade de influências invariavelmente cria obstáculos à habilidade dos consumidores em agir como árbitros perfeitamente neutros e acurados de qualidade tecnológica, mesmo em mercados competitivos. No campo focado no consumidor que é o Antitruste, contudo, as preferências individuais dos adquirentes reveladas pelo mercado merecem deferência, e as Cortes não devem duvidar delas ex post. É apenas quando um alegado ato de inovação predatória nega aos consumidores a escolha entre produtos rivais que uma análise pela regra da razão é apropriada.” (DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 6 – tradução livre).

³⁶⁷ “[os] consumidores não podem demonstrar suas preferências para um novo produto quando são privados de escolha. Dessa forma, pelos seus próprios termos, o teste de preferência do consumidor seria inaplicável a casos no qual as melhorias supostamente predatórias de uma empresa dominante impedem qualquer terceiro de comercializar um produto rival. (...) Embora essa seja uma limitação importante, seu significado é inevitavelmente pouco claro. O conceito de ‘coerção’ envolve restrições de diferentes severidades. (...) De fato, na sua forma mais pura, o limbo da ‘coerção’ no teste da preferência do consumidor poderia tomar qualquer vantagem material gozada pelo fabricante de determinado produto como capaz de corromper a escolha do consumidor e, logo, comprometer o valor de sinalização das vendas no mercado.” (Ibidem, p. 20-21 – tradução livre). Os autores sustentam que a definição de coerção enunciada pela Suprema Corte norte-americana no caso Jefferson Parish, discutido no capítulo 4, não contribui para afastar tais dúvidas, porque permanece muito vaga.

System Inc³⁶⁸, a origem do litígio foram modificações na pistola *Biopty* da empresa CR Bard, criada para extrair amostras de tecido humano e cuja utilização ocorria de maneira conjunta com agulhas descartáveis.

A CR Bard era a detentora de uma patente sobre a pistola e lançou três versões do equipamento ao longo de alguns anos. Na primeira versão, a operação da pistola demandava a participação de dois médicos e o equipamento poderia utilizar agulhas para biópsia fornecidas por fabricantes distintos, entre eles a empresa M3 System e suas agulhas da marca *Tru-Cut*. Alguns anos depois, uma nova versão foi lançada para que pudesse ser operada por uma única pessoa. Essa segunda versão passou a ser compatível apenas com as agulhas fabricada pela própria CR Bard. As agulhas *Tru-Cut* da M3 System, por exemplo, não podiam se mover tanto para frente quanto para trás, o que supostamente seria necessário para que fossem compatíveis com a segunda versão do *Biopty*. Assim, não mais podiam ser utilizadas em conjunto com a pistola. Finalmente, a terceira versão da pistola foi lançada para permitir que o equipamento fosse operado com menos força manual.

A CR Bard obteve patentes para proteger as modificações realizadas na segunda e terceira versão da pistola e, ajuizou uma ação alegando que a empresa M3 Systems estava infringindo essas patentes. A M3 System, por sua vez, formulou pedido contraposto, alegando que a CR Bard havia deliberadamente modificado seu equipamento de biópsia para que não fosse compatível com as agulhas *Tru-Cut*, a menos que fosse utilizado um adaptador.

A decisão do Circuito Federal não foi unânime, mas manteve o veredito do júri que havia condenado a empresa CR Bard por tentativa de monopolização. A decisão da Corte se baseou primordialmente em dois memorandos internos da CR Bard, um indicando que a modificação não alterava o desempenho da pistola e das agulhas, e outro concluindo que o uso de agulhas de terceiros não provocaria danos aos médicos ou pacientes. A partir destas evidências, os julgadores concluíram que a motivação da CR Bard para a modificação de seus equipamentos foi unicamente a criação de incompatibilidade para impedir o uso de agulhas genéricas, como a do fabricante M3 Systems, de modo que os consumidores seriam obrigados a adquirir a pistola e a agulha para a realização de biópsia unicamente da CR Bard.

³⁶⁸ C.R. Bard, Inc. v. M3 Systems, Inc., 157 F.3d 1340 (Fed. Cir. 1998).

Dentre os critérios distintos que a jurisprudência norte-americana adotou nos casos de inovação predatória, a intenção talvez seja o mais fraco deles. Frank Easterbrook afirma que a grande dificuldade em julgar comportamentos exclusionários, especialmente quando há alegação de predação, é a sua semelhança com comportamentos de competição agressiva. Se o primeiro deve ser dissuadido, o segundo deve ser promovido.³⁶⁹ A intenção é um critério pouco preciso para diferenciar um do outro, pois não há empresa que não concorra para prevalecer sobre seus rivais.

Igualmente, não há organização empresarial em que não exista comunicação interna no qual a intenção de eliminar a concorrência seja expressa de forma cristalina – o que não significa que o comportamento adotado seja predatório ou ilícito. A inovação legítima e a eficiência são os principais fatores de exclusão e, novamente, são altamente desejáveis pelo sistema capitalista e pelo Direito da Concorrência.

Nesse sentido, é preciso lembrar, como ponderam Alan Devlin e Michael Jacobs, que o Antitruste “deve proteger a competição e não os competidores. (...) Uma análise econômica e apenas ela deveria fornecer as regras para decisão nestes casos”, e que, “o desejo de esmagar rivais é endêmico e próprio de mercados competitivos”.³⁷⁰

No caso sob discussão, a Corte reconheceu que as alterações realizadas pela CR Bard haviam marginalmente melhorado o produto. Ainda assim, identificou uma intenção predatória nos memorandos internos da empresa. A esse respeito, independentemente da defesa de que um melhor padrão de análise deveria dispensar a intenção por completo³⁷¹, é curioso o fato de que a alegada intenção predatória não é clara nem mesmo nos memorandos que embasaram a condenação.

³⁶⁹ EASTERBROOK, Frank H. On identifying exclusionary conduct. **Notre Dame Law Review**, vol. 61, 1986, p. 972.

³⁷⁰ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., p. 30 (tradução livre).

³⁷¹ Não obstante a ausência de um papel para a intenção na análise antitruste envolvendo a predação seja a posição defendida neste trabalho, grande parte da doutrina ainda enxerga relevância na discussão da intenção. Herbert Hovenkamp, por exemplo, reconhece um papel para a intenção nos casos de redesenhos que geram incompatibilidade. (HOVENKAMP, Herbert. Op cit. 2008a, p. 275-276). Na mesma linha, Lawrence A. Sullivan e Warren S; Grimes dirão, comentando a predação de preços, mas em argumento facilmente aplicável à inovação predatória, que “embora evidências de intenção por si só não devam ser decisivas (...), elas podem auxiliar as Cortes a interpretar os fatos e a prever as consequências.” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. Op cit., 2006, p. 172 – tradução livre). É razoável a sugestão dos autores de se utilizar evidências sobre a intenção para auxiliar na interpretação das ocorrências, mas, por outro lado e como o caso CR Bard demonstra, é preciso cautela para não se confundir a realidade comum dos negócios com algum indício de intenção predatória. No Brasil, Luís Fernando Schuartz também considera a intenção condição indispensável à

A CR Bard alegava que as modificações haviam sido realizadas para facilitar a operacionalização do equipamento, que inicialmente demandava a presença de dois médicos, e os documentos citados na decisão não refutam tal argumento. O fato de o desempenho dos equipamentos permanecer o mesmo, como mencionado em um dos memorandos, antes de indicar a intenção predatória, parece apontar que a modificação trouxe a facilidade de permitir a operacionalização por um único médico, sem sacrificar o desempenho esperado do equipamento. Esse é um cuidado que qualquer empresa diligente consideraria antes de introduzir modificações em um produto que esteja no mercado, mas que, ignorando a lógica das decisões empresariais, foi utilizado contra a CR Bard para fundamentar a sua condenação.

5.2.3 O teste do produto único, a interoperabilidade e o caso United States v. Microsoft Corp. (Microsoft III)

A Microsoft detém a liderança do mercado de sistemas operacionais há décadas e enfrentou, ao longo dos anos, várias alegações de conduta anticoncorrencial em diversas jurisdições, incluindo nos Estados Unidos, na União Europeia e no Brasil.³⁷² As acusações envolveram de integração tecnológica a

predação. Nas palavras do autor “(...) inexistente conduta predatória que não seja intencional, e não há como se condenar inovações que não seja inequivocadamente predatórias.” (SCHUARTZ, Luís Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Orgs.). **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 56).

³⁷² No Brasil, ao longo de sua história, o CADE abriu duas averiguações preliminares para investigar a Microsoft. A primeira em 2000, por meio da Averiguação Preliminar nr. 08012.004570/2000-50, e a segunda em 2005, por meio da Averiguação Preliminar nr. 08012.002034/2005-24. Ambas foram arquivadas. Embora tais casos não estejam disponíveis para acesso a partir das ferramentas de busca de processos no sítio virtual do CADE, Ricardo Villas Boas Cueva oferece em seu artigo um resumo de seu objeto e conclusões. Na primeira delas, o objeto da investigação eram as cláusulas de licenciamento do contrato firmado entre a Microsoft e a entidade mantenedora da Universidade Cândido Mendes, o que incluía, mas não se limitava a, uma alegação de suposta venda casada entre o sistema operacional, navegador e aplicativos da Microsoft. O CADE entendeu, a respeito dessas alegações, que a denunciante tinha a possibilidade de eleger entre várias modalidades de licenciamento oferecidas pela Microsoft, que tinha plena consciência das condições exigidas pela empresa para cada uma delas, e que tais exigências eram razoáveis do ponto de vista concorrencial. Já o segundo caso buscava apurar práticas supostamente destinadas a barrar o desenvolvimento de softwares para o sistema operacional da Microsoft, e envolvia discussões de interoperabilidade. Ricardo Villas Boas Cueva indica que, no Brasil, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos ou na Europa, a escassez de recursos materiais e humanos para analisar em detalhe as questões técnicas subjacentes ao caso impediu que as dúvidas que levaram à averiguação preliminar fossem satisfatoriamente sanadas, o que por sua vez repercutiu na ausência de instauração de um processo administrativo. (CUEVA, Ricardo Villas Boas. A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, 2009, p. 143 et seq.).

tentativas de limitar o desenvolvimento por terceiros de tecnologias que poderiam rivalizar no mercado de sistemas operacionais, passando por acordos de exclusividade e o uso de táticas predatórias diversas, apenas para citar alguns exemplos.³⁷³ Foram tantos os casos do governo norte-americano contra a Microsoft que a doutrina passou a referenciá-los com um numeral (I, II, III...) para distingui-los mais facilmente.

O caso *United States v. Microsoft Corp.*³⁷⁴, ou Microsoft III, guarda especial interesse ao presente trabalho pela longa discussão que gerou a respeito de integração tecnológica e interoperabilidade. Tal litígio foi movido no final dos anos 90 pelo governo federal norte-americano e diversos estados contra a Microsoft, sob múltiplas acusações que serão indicadas a seguir.

A primeira acusação foi a de monopolização do mercado de sistemas operacionais de computadores pessoais compatíveis com os processadores Intel, em função de uma alteração, pela Microsoft, no código do programa *Java*. O *Java* é uma aplicação intermediária (*middleware*) desenvolvida pela empresa Sun Microsystems, que revolucionou o mercado ao permitir a tradução dos códigos de um programa de computador criado para determinado sistema operacional, e que utiliza, portanto, um padrão de linguagem específico, para outro sistema operacional, cujo padrão de linguagem é diverso. Trata-se, portanto, de uma aplicação de arquitetura neutra, que possibilita aos desenvolvedores criar programas de computador multiplataforma, isso é, compatíveis com sistemas operacionais diversos.

Quando lançada, tal aplicação prometia contribuir para aumentar a rivalidade no mercado de sistemas operacionais ao mitigar a dependência de caminho existente em relação ao produto dominante, no caso, o *Windows*.³⁷⁵ A Microsoft foi acusada de

³⁷³ Para um apanhado destes e de outros casos concorrenciais envolvendo a Microsoft, ver GAVIL, Andrew I; FIRST, Harry. **The Microsoft Antitrust Cases**: competition policy for the twenty-first century. Cambridge: The MIT Press, 2014.

³⁷⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d (D.C Cir. 2001).

³⁷⁵ “No meio dos anos 90, a Microsoft temia que o Java pudesse levar a um mercado onde diferente sistemas operacionais, comercializados por fabricantes diversos, pudessem rodar os mesmos softwares, e, como resultado, tomar muitas das vantagens de rede que haviam conferido tamanho sucesso ao Windows. Essas vantagens de rede se traduziam no fato do Windows ser mais atrativo porque possuía mais usuários do que qualquer outro sistema operacional, e a compatibilidade é, claro, altamente valorizada entre usuários. Além disso, do ponto de vista da oferta, uma grande base estabelecida de usuários garante um maior mercado consumidor para o software criado. Como resultado, os desenvolvedores de softwares estavam mais dispostos a escrever programas para o Windows do que para sistemas operacionais menos populares. Softwares escritos para o Windows poderiam ser comercializados a um preço significativamente menor. A dominância da Microsoft dependia da sua habilidade em tomar vantagem desse tipo de eficiência de rede enquanto garantia que

alterar o código do programa *Java* que rodava no *Windows*, de forma a torná-lo incompatível com aquele desenvolvido pela Sun Microsystems e que rodava em outros sistemas. Isso criava problemas de interoperabilidade, pois programas desenvolvidos para a versão do *Java* alterada pela Microsoft não rodavam nas plataformas que utilizavam a versão da Sun Microsystems e vice-versa, minando a função de tradução que a aplicação deveria desempenhar. Na prática, isso impedia o desenvolvimento de softwares multiplataforma e reforçava a dominância da Microsoft no mercado de sistemas operacionais. Além disso, a Microsoft teria induzido os desenvolvedores de *software* a erro ao distribuir versões do *Java* alterado como parte das ferramentas para o desenvolvimento de programas para o *Windows*, sem, contudo, esclarecer que na versão distribuída a aplicação não possuía a funcionalidade de tornar o *software* multiplataforma. Ao utilizar o *Java* alterado disponibilizado pela Microsoft, muitos desenvolvedores acreditaram estar criando códigos que poderiam rodar em sistemas distintos, o que não era o caso.³⁷⁶

As outras duas acusações do governo norte-americano contra a Microsoft foram por tentativa de monopolização do mercado de navegadores de internet (*browsers*) e, por integração ilícita do navegador *Internet Explorer* ao sistema operacional *Windows 98*, como meio para excluir o *Netscape*, navegador mais utilizado na época, do mercado

No que se refere à alegação de tentativa de monopolização do mercado de navegadores e integração tecnológica ilícita, além da junção entre o seu sistema operacional e navegador, foram atribuídas à Microsoft outras ações predatórias para

nenhum outro desenvolvedor de sistemas operacionais pudesse adentrar a rede com sucesso. (...) [com o *Java*] consumidores poderiam comprar o que desse a eles a combinação ótima de preço e desempenho. Em um mercado assim, a Microsoft seria forçada a se comportar como um competidor e não um monopolista. Isso levaria a menos vendas e a um aumento do investimento para manter o *Windows* atrativo, tendo em vista que os compradores teriam maiores oportunidades para comprar de outros fabricantes.” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 248-249 – tradução livre).

³⁷⁶ “A Microsoft lançou uma campanha para sabotar o desenvolvimento do *Java* multiplataforma. A empresa já havia licenciado o *Java* da Sun Microsystems, mas desenvolveu uma alternativa interna denominada ‘*Java poluído*’, e o distribuiu para as empresas que escreviam softwares para o *Windows*. O ‘*Java poluído*’ não possuía a capacidade multiplataforma do *Java* regular. Alguns [dos desenvolvedores de softwares para o *Windows*] foram inclusive levados a acreditar que estavam escrevendo programas de computador que (...) seriam compatíveis com diversos sistemas operacionais, quando na verdade só funcionariam no *Windows*. Além disso, para fazer com que o *Java* rodasse de forma eficiente, a Sun Microsystems e seus parceiros precisavam de um chip de computador desenvolvido para esse propósito. A Intel inicialmente concordou em desenvolver tal chip. Contudo, a Microsoft colocou intensa pressão sobre a Intel, ameaçando negar à empresa suporte para o desenvolvimento de tecnologia relacionada ao *Windows* se a Intel optasse por seguir com seu plano. A Intel abandonou a ideia.” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 248-249 – tradução livre).

garantir a exclusão do *Netscape* do mercado. São elas: (1) programar o *Windows 98* para que desconsiderasse comandos do usuário para tornar outro navegador, que não o *Internet Explorer*, padrão; (2) suprimir a opção para o usuário desinstalar o *Internet Explorer* por meio da ferramenta “Instalar/Remover Programas”; e (3) programar seu sistema operacional de tal forma que a tentativa de excluir o *Internet Explorer* por meio de código gerasse a perda de algumas funcionalidades do *Windows 98*.

Em conjunto, tais medidas retiravam os incentivos de consumidores para instalar outros navegadores que não o *Internet Explorer*, tornando tal processo mais custoso, bem como desincentivavam fabricantes de computadores pessoais a pré-instalar navegadores rivais, como o *Netscape*, o que igualmente contribuía para excluir os competidores do mercado.

Em 2001, o caso foi julgado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, que embora tenha se declarado cética em relação a alegações de que redesenhos de produto por empresa com posição dominante possam lesionar a concorrência, especialmente em mercados de rápida mudança como o do *software*, reconheceu que isso não torna tais inovações lícitas *per se*.

Na ocasião, a Corte afastou o precedente da Suprema Corte para o caso *Jefferson Parish*, no qual foi construída a regra *quasi per se* para aferição de ilicitude em vendas casadas, sob o argumento de que a integração tecnológica, ao contrário de uma venda casada contratual, demandaria a aplicação da regra da razão, na qual benefícios e efeitos deletérios à competição fossem sopesados.

Para tanto, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia desenvolveu um teste em três etapas para responder se a integração tecnológica realizada pela *Microsoft* seria ou não predatória. Primeiro, o autor da ação deveria demonstrar que da conduta adviriam efeitos anticompetitivos. Segundo, o réu deveria demonstrar a existência de eficiências, de efeitos pró-competitivos resultantes da conduta. Terceiro, ao autor da ação caberia comprovar que os efeitos anticompetitivos superariam os pró-competitivos.

O teste proposto segue o modelo da regra da razão usual e busca analisar o efeito da conduta em termos de bem-estar do consumidor para reconhecê-la ou não como anticompetitiva. A recepção foi mista. Embora contando com o apoio de parte

da doutrina³⁷⁷, alguns comentadores consideraram que um teste utilitário nos moldes propostos é de difícil articulação prática em casos versando sobre inovação predatória³⁷⁸. Preocupação similar foi expressa pela Corte de Apelação do Nono Circuito ao julgar outro caso de inovação predatória quase uma década depois do Microsoft III, o qual será analisado na sequência.

Alan Devlin e Michael Jacobs dirão que se a Corte de Apelação do Distrito de Columbia estava realmente cética a respeito de alegações de inovação predatória, como havia declarado, seu padrão de análise deveria refletir tal dúvida. Ao invés disso, o teste proposto pela Corte está livre de qualquer distorção contra tais alegações, e essa abordagem neutra é problemática porque desconsidera a facilidade com que prejuízos de curto prazo, isso é, de concorrência estática, são identificados *versus* a dificuldade de se mensurar benefícios de longo prazo, ou seja, de concorrência dinâmica.³⁷⁹

Em relação à alegação envolvendo a monopolização do mercado de sistemas operacionais e o código do programa *Java*, a Microsoft demonstrou que a alteração realizada permitia que as aplicações rodassem de maneira mais rápida em seu sistema operacional. A Corte aceitou a justificativa da Microsoft e entendeu que, apesar dos problemas de interoperabilidade, não havia ilícito em relação à alteração de código, embora a decisão não seja clara acerca de como a justificativa foi balanceada com os potenciais efeitos anticompetitivos. Pode-se presumir que o Departamento de Justiça norte-americano tenha falhado em cumprir seu ônus no terceiro passo do teste.³⁸⁰

Embora a alteração do código *Java* para rodar em seu sistema operacional não tenha sido considerado ilícito, não obstante a perda da funcionalidade de tradução

³⁷⁷ Argumentando, após uma análise da decisão de primeira instância, a necessidade da aplicação da regra da razão, como depois veio a ser adotada pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia (MEESE, Alan J. Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?. **Antitrust Bulletin**, vol. 44, 1999). No mesmo sentido, mas agora em defesa da aplicação da regra da razão tal qual formulado em segunda instância, ver HEINER, David A. Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration. **University of Chicago Law Review**, vol. 72, n. 1, 2005 e JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott; HOLMAN, Edward. Op cit., 2010, p. 7.

³⁷⁸ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p.14.

³⁷⁹ “Essa abordagem neutra é problemática. As Cortes em casos de monopolização devem confiar em efeitos de longo prazo probabilísticos e não quantificáveis. Uma vez que efeitos anticompetitivos de curto prazo são mais disponíveis e fáceis de se avaliar, um teste neutro irá sistematicamente pesar em favor deles às expensas de uma análise justa acerca de benefícios de longo prazo. De fato, é muito mais fácil demonstrar algum ‘dano’ à competição no curto prazo, no sentido estático, do que refutar consequências anticompetitivas apelando para a teoria econômica governando efeitos dinâmicos”. (DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p.16).

³⁸⁰ JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott; HOLMAN, Edward. Op cit., p. 21.

da aplicação, o fato da Microsoft ter enganado os desenvolvedores de *software* em relação à habilidade de seu “Java poluído” ter compatibilidade multiplataforma o foi. Ainda assim, no momento de definição dos remédios, a Corte rejeitou o argumento de que o episódio justificaria uma ordem para que a Microsoft suportasse qualquer padrão da indústria, inclusive aqueles que alegasse suportar ou que tivesse alterado mediante extensões proprietárias.

Quanto à tentativa de monopolização do mercado de navegadores e a integração entre o *Internet Explorer* e o *Windows 98*, a Microsoft não apresentou justificativas para a conduta que a Corte considerasse como suficientes para suprir a exigência de demonstração de efeitos pró competitivos, o que levou à condenação da empresa.

Além do afastamento do padrão de análise *quasi per se* e do teste proposto pela Corte do Distrito de Columbia para aferir a ilicitude, o caso Microsoft III traz consigo outros pontos de relevância para o estudo dos casos de inovação predatória. Por exemplo, discute a aplicabilidade do teste do produto único, estabelecido para as vendas casadas a partir do caso Jefferson Parish, em casos de integração tecnológica.

A Corte acolheu o argumento formulado pela Microsoft de que o teste do produto único não seria aplicável à situação sob análise. Entendeu que a aplicação desse teste a casos de integração tecnológica em mercados dinâmicos poderia arrefecer a inovação em prejuízo do consumidor, ao penalizar o agente que combinasse em um único produto funcionalidades antes oferecidas apenas separadamente – e que, portanto, estariam sujeitas a demandas separadas. De fato, essa costuma ser uma característica comum às empresas da Nova Economia, o que faria a aplicação de tal teste nestes cenários, na melhor das hipóteses, inócuo.

O caso acabou sendo encerrado por meio de um acordo, no qual a Microsoft pôde integrar seus *softwares* em troca da assunção de uma série de compromissos, cujo objetivo era neutralizar ou mitigar o desincentivo aos desenvolvedores e usuários para que utilizassem aplicações de rivais da Microsoft, bem como garantir certo nível de interoperabilidade dessas aplicações com o *Windows*.

Como parte do acordo, a Microsoft deveria, por exemplo, garantir facilidade na instalação e desinstalação de programas, bem como a eleição, pelo usuário, de quais programas estariam acessíveis e quais seriam o padrão para determinada função. Além disso, a Microsoft também estava proibida de celebrar acordos de

exclusividade com desenvolvedores de *software*. Com o objetivo de endereçar desconfiças de que alterava seus APIs (interface de programação de aplicativos) para prejudicar a performance de aplicações rivais, a Microsoft se comprometeu, ainda, a documentar seus APIs e protocolos de comunicação nativa utilizados pelo *Windows* para rodar aplicações de terceiros, de modo a facilitar a interoperabilidade. Finalmente e entre outras medidas, a Microsoft se comprometeu a licenciar aos fabricantes de *hardwares* e desenvolvedores de *software*, sob *royalties* razoáveis, quaisquer direitos de propriedade intelectual que eles necessitassem para fazer valer as provisões do acordo.³⁸¹

O prazo de vigência do acordo expirou em 2011. Hovenkamp nota que o caso Microsoft III se encerrou de forma pouco adequada e tardia, um velho problema do Antitruste, piorado no contexto de indústrias intensivas em inovação.³⁸² No momento em que um acordo foi formalizado, o *Netscape* já havia perdido a chance de concorrer seriamente com o *Internet Explorer*.³⁸³ Por outro lado, o acordo pode ter contribuído

³⁸¹ Em relação aos APIs e ao licenciamento de direitos de propriedade intelectual, William H. Page comenta que “a Corte do Distrito aprovou as provisões entusiasticamente, identificando as provisões de licenciamento do protocolo como os mais ‘avançados’ remédios no decreto, porque facilitariam a inovação na rede de computadores. A Corte de Apelação concordou, com algumas reservas. Suas reservas eram justificadas. A provisão acerca dos APIs causou poucos problemas significativos, mas o requerimento de um protocolo de licenciamento se provou tão custoso e difícil de satisfazer que a Corte do Distrito se viu obrigada a estender o termo do julgamento final [para ver se a Microsoft havia cumprido as provisões do acordo] para 12 de maio de 2011. A Microsoft conseguiu satisfazer o governo no sentido de que havia cumprido com essa disposição após quase uma década de esforços, incluindo testes sob a supervisão de um comitê de experts técnicos. Mesmo com todos os esforços para documentar e tornar tais protocolos disponíveis, a provisão teve pouco, se é que teve algum, efeito na concorrência. Dados os benefícios parcos, podemos ver em retrospecto que essa provisão foi um dos aspectos mais equivocados e custosos do caso do governo.” (PAGE, William H. Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel. *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012, p. 391).

³⁸² “Os dois rounds do caso Microsoft ilustram um problema que sempre incomodou o Antitruste em mercados dinâmicos, de inovação intensiva. O Antitruste é difícil de se operar. Mesmo quando um caso é bem gerenciado, como foi o Microsoft, as engrenagens legais se movimentam de forma muito lenta. No momento em que cada round do caso Microsoft havia produzido uma ‘cura’, o doente já estava morto. Isso torna fundamental que acordos como aqueles do caso Microsoft contenham uma cláusula que permite à Corte reter a sua jurisdição e analisar desenvolvimentos futuros. (...) Infelizmente, o cumprimento do acordo se transformou na medida do sucesso. O governo pode, então, proclamar vitória (...), sem nunca se perguntar se o acordo está fazendo o mercado mais competitivo.” (HOVENKAMP, Herbert H. Op cit., 2008a, p. 299 – 300). Por outro lado, um acordo que permitisse continuamente que seus termos fossem reanalisados e que novas obrigações fossem impostas com base nas mesmas condutas que levaram a sua celebração levaria a uma situação de insegurança jurídica, dificilmente seria aceito pelos réus, e seria de difícil e custosa administração pelas autoridades.

³⁸³ “Em 27 de dezembro de 2008, a Netscape anunciou em uma postagem de blog que a AOL descontinuará seu suporte aos navegadores Netscape, que havia adquirido em 1999 por 10.2 bilhões de dólares. Em março de 2008, a AOL oficialmente desligou os aparelhos. O Netscape não viveu para ver o seu 14º aniversário. Contudo, as notícias sobre a morte do Netscape foram muito exageradas. Na verdade, o Netscape morreu em maio de 1998, menos de um ano antes de ser adquirido pela AOL. [Na época] o juiz Thomas Penfield Jackson se recusou a conceder uma liminar ao governo para barrar a distribuição conjunta do Internet Explorer com o Windows 98. (...) O lento progresso do litígio permitiu

para facilitar a emergência do Google e de outros competidores. Se a Microsoft tivesse continuado com as práticas que a levaram a esse litígio, Hovenkamp diz que é de se duvidar que a empresa teria tolerado a migração de um modelo de *hardware* para um de nuvem, como aquele que veio a definir o Google, por exemplo.³⁸⁴

Ainda que possa ser um caso imperfeito, o autor reconhece sua importância na construção do entendimento de que o Antitruste tem um “papel em supervisionar obrigações de interoperabilidade em indústrias de rede, nas situações em que a rede e sua empresa dominante têm poder de mercado significativo”.³⁸⁵

5.2.4 A titularidade de patentes, melhoria do produto e o caso Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group

No ano de 2010, a Corte Federal de Apelação do Nono Circuito, nos Estados Unidos, julgou o caso Allied Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group e, novamente, ofereceu uma solução distinta dos demais precedentes envolvendo inovação predatória.³⁸⁶

A empresa Tyco, fabricante de sensores e monitores para medir o nível de oxigenação do sangue, detia patentes em relação a ambos os equipamentos, os quais deveriam ser utilizados em conjunto. O litígio se iniciou quando a Tyco lançou no mercado novas versões de seus sensores e monitores, pouco antes da expiração do prazo da proteção patentária do sensor. Os novos equipamentos ofereciam características distintas dos produtos fabricados pela Tyco até então, como, por

que o mercado [de navegadores] se inclinasse em favor da Microsoft. (...) Para sermos mais precisos, porém, a Netscape não morreu completamente em 1998. Ao invés disso, lançou as sementes para um navegador rival ao transformar seu código em um código aberto, um projeto que havia iniciado antes da sua aquisição pela AOL. Em 2003, a AOL cindiu o desenvolvimento deste software de código aberto para a recém-criada Mozilla Foundation, que a AOL suportava financeiramente, e a Mozilla desenvolveu então um navegador independente, o Firefox. O Firefox e o Netscape, desenvolvidos sob o mesmo código base, passaram a criar versões com atributos que não estavam disponíveis no Internet Explorer, angariando usuários no processo. Em 2007, 60% dos respondentes de uma pesquisa votaram no Firefox como o melhor navegador. Apenas 11% votaram no Internet Explorer. Em maio de 2008 (...) o Firefox respondia por 18% do mercado de navegadores nos Estados Unidos, mas o Internet Explorer respondia por 75%. Mais importante, a Microsoft ainda detinha mais de 90% do mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais (...) Embora alguns dos rivais falassem em uma segunda ‘guerra dos navegadores’ que seria vencida pela inovação e não pelo ‘músculo do monopólio’, o ‘músculo do monopólio’ não estava nem perto de estar fora de cena. (...) Os desafios que esses desenvolvimentos oferecem ao Antitruste não são, contudo, primariamente de doutrina legal. Ao invés disso, o desafio é identificar e administrar remédios efetivos.” (GAVIL, Andrew I. FIRST, Harry. Op cit., p. 235-236).

³⁸⁴ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 317.

³⁸⁵ BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. Op cit., 2012, p. 317.

³⁸⁶ Allied Orthopedic Appliances, Inc. v. Tyco Healthcare Group LP, 592 F.3d 991 (2010).

exemplo, a presença de um chip de memória gravável no sensor e um método mais eficiente para calibrá-lo. A Tyco patenteou suas novas invenções.

Como resultado, um grupo de hospitais e outros provedores de saúde processou a Tyco, sob o argumento que as novas versões introduzidas pela empresa teriam como objetivo gerar incompatibilidade entre os monitores e os sensores genéricos de terceiros, que estavam prestes a entrar no mercado em decorrência da aproximação da data de expiração da patente sobre a versão anterior do sensor.

Por ocasião do julgamento do litígio, o Nono Circuito expressamente abandonou o padrão de análise adotado quase dez anos antes pela Corte de Apelação do Circuito de Columbia no caso *Microsoft III*. A decisão de abandonar tal padrão decorreu de um entendimento do Nono Circuito de que o sopesamento entre benefícios e possíveis efeitos negativos no mercado seria impossível de se administrar na prática em casos dessa natureza.³⁸⁷

A recepção doutrinária a respeito da posição do Nono Circuito foi diversa. Alguns juristas reconheceram que uma regra tão aberta quanto a do caso *Microsoft III* seria inviável, embora não necessariamente concordassem com os critérios alternativos propostos pelo Nono Circuito.³⁸⁸ Outros lamentaram o abandono do teste formulado pela Corte de Apelação do Circuito de Columbia, por entendê-lo o melhor padrão para casos de inovação predatória dentre os formulados até então.³⁸⁹

Seja como for, o Nono Circuito entendeu que a conduta sob análise não era predatória e justificou sua conclusão a partir de três argumentos principais. O primeiro deles foi o de que além dos produtos da Tyco, outros sensores e monitores estavam disponíveis no mercado, de forma que ainda que a Tyco detivesse poder de mercado, os consumidores não estariam privados de escolha, pois poderiam optar por um dos concorrentes. O segundo argumento utilizado foi o de que os novos produtos da Tyco foram analisados pela autoridade responsável pela concessão de registros de propriedade industrial nos Estados Unidos, o *U.S. Patent & Trademark Office*, e tiveram suas patentes concedidas. Finalmente, o terceiro argumento foi o de que os novos sensores e monitores introduzidos pela Tyco no mercado apresentavam melhorias em relação às versões que os precederam.

³⁸⁷ “(...) sopesar os benefícios de uma melhoria de produto contra as lesões resultantes aos competidores não é apenas pouco sábio, como é inadministrável.” (Ibidem – tradução livre).

³⁸⁸ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 12 et seq.

³⁸⁹ JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott. HOLMAN, Edward. Op cit., 2010, passim.

Mais especificamente, a Corte considerou que uma mudança de *design* de produto que de alguma forma o melhore não é uma violação à legislação concorrencial norte-americana, salvo se acompanhado de alguma conduta anticompetitiva em separado. Embora não fique claro o que seria para o Nono Circuito uma conduta anticompetitiva em separado, há boas razões para se resgatar o caso Microsoft III e lembrar que, nele, além da integração tecnológica propriamente dita, a Microsoft realizou uma série de ações paralelas para dificultar a adoção do Netscape pelos programadores e usuários. É plausível que tais ações predatórias que não configurem integração tecnológica ou redesenho em si, mas que os acompanhem, sejam enquadradas na noção de condutas anticompetitivas em separado expressa por ocasião desse julgamento.

Há bons e maus argumentos na decisão do Nono Circuito. Pelo lado positivo, há um afastamento do ilícito, ainda que o agente detenha poder de mercado, se a possibilidade de escolha pelo consumidor for preservada, mesmo se ainda que restringida em alguma medida. Pelo lado negativo, há uma deferência à existência de patentes válidas, o que não deveria ter lugar em julgamentos de inovação predatória.

A esse respeito, a existência de direitos de propriedade industrial não deve significar uma imunidade em termos de política antitruste, como já discutido no capítulo 2. Além disso, a melhoria de um produto ou processo não se encontra entre os requisitos legais para a concessão de patentes nos Estados Unidos ou no Brasil, e, portanto, não é objeto de avaliação pelos escritórios de propriedade industrial dos dois países.³⁹⁰ A pergunta que o Antitruste deve fazer, caso se entenda que a existência de melhoria do produto é critério a ser discutido em casos de inovação predatória, não é se o produto redesenhado que gerou a incompatibilidade é patenteado, mas sim se ele apresenta melhorias em relação ao seu antecessor.³⁹¹ Não é possível inferir tal melhoria da existência de direitos de propriedade industrial.

Já o critério de que qualquer modificação que melhore o produto teria o condão de afastar a ilicitude, salvo se acompanhado de outras condutas

³⁹⁰ No Brasil, no caso das patentes de modelo de utilidade, a lei 9.279/1996 indica em seu art. 9 que “é patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação” (grifo próprio). Contudo, neste caso a melhoria funcional referenciada pelo texto legal é em relação ao objeto de uso prático (um abridor de lata, um vasilhame, um prego), e não envolve uma comparação de superioridade entre determinada versão de um produto e outra que a preceda.

³⁹¹ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 25 et seq.

anticompetitivas, é mais controverso, e suscita preocupações tanto entre aqueles que defendem sua inaplicabilidade, quanto entre aqueles que o entendem necessário.

Por um lado, há aqueles que questionam a aptidão das Cortes, e, no caso norte-americano, também dos júris, para julgar o que seria uma melhoria e a dificuldade de se chegar a um consenso a respeito de um critério para avaliá-la³⁹² ou de que tipo de evidências seriam conducentes a tal conclusão³⁹³. É possível sustentar, por exemplo, que a melhoria será aquilo que um expert técnico dirá, ou, ainda, que a melhoria é um critério atrelado à preferência do consumidor, como no caso *Berkey Photo Inc. vs Eastman Kodak Co.* Outra discussão possível é se qualquer melhoria bastaria para satisfazer as autoridades concorrenciais, por mais triviais que fossem, ou, alternativamente, se deveria haver uma exigência de que fossem substanciais. Nesse caso, fica a pergunta sobre o que é “trivial” ou “substancial”, duas expressões que carregam uma boa dose de incerteza.³⁹⁴

Por outro lado, mesmo entre os que defendem que a melhoria do produto deveria ser um critério de análise, há aqueles insatisfeitos com a posição do Nono Circuito. Parte desse grupo considera que, ao indicar que “alguma melhoria” afasta o ilícito, o critério adotado pela Corte é leniente demais e dá carta branca a inovações marginais que poderiam produzir efeitos anticompetitivos, sem oferecer benefícios significativos ao consumidor que os compensasse.³⁹⁵ Outros indicam que o Nono Circuito perdeu a chance de oferecer diretrizes claras de análise, lembrando que muitos casos futuros “se deterão sobre o quão genuína ou relevante será uma

³⁹² EASTERBROOK, Frank H. Op cit., 1981, p. 306-307. Alan Devlin e Michael Jacobs dirão, a esse respeito, que “o novo produto pode apresentar qualidades subjetivas – como a aparência ou a experiência que proporciona – que precluem conclusões universais, ou objetivamente falseáveis, a respeito da mudança ser bem-vinda, neutra ou indesejável. Isso é ainda mais provável em casos de mudanças incrementais no desenho do produto, que são comuns na economia moderna.” (DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 15).

³⁹³ A esse respeito, Robert Pitofsky questiona, inclusive, o que seria aceito como evidência de melhoria que afasta o ilícito, e ironiza ao argumentar que certamente existirá algum memorando interno que indique que a inovação em questão é muito superior ao produto atual. (citado por SIDAK, Joseph G. Op cit., 1983, p. 1145). Sobre o comentário de Pitofsky, é interessante notar que ele é verdade não necessariamente numa perspectiva de má-fé, mas também porque as organizações são estruturas complexas e políticas, dentro das quais as ideias de alteração do produto também precisam ser vendidas para que consigam receber a destinação de recursos necessárias ao seu desenvolvimento. Nesse processo, não é incomum que determinadas virtudes ou expectativas de resultado futuro sejam exagerados para que recursos sejam destinados ao desenvolvimento de tais ideias.

³⁹⁴ EASTERBROOK, Frank H. Op cit., 1981, p. 306-307.

³⁹⁵ JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott; HOLMAN, Edward. Op cit., p. 7.

inovação introduzida. Em circunstâncias onde o fato e grau de uma suposta melhoria estejam sendo debatidas, a Corte não forneceu nenhuma diretriz implícita (...).³⁹⁶

5.2.5 As dificuldades de se apurar a inovação predatória e o(s) caso(s) Google Shopping

Em 2011 e após o oferecimento de representação pela E-commerce, empresa responsável por comparadores de preço como o Buscapé e o Bondfaro, a Secretaria de Direito Econômico instaurou processo administrativo com o objetivo de apurar suposta conduta anticompetitiva do Google.³⁹⁷ De forma mais específica, o que se buscava averiguar era se o Google estaria manipulando a suposta neutralidade de seus algoritmos de busca orgânica para privilegiar os resultados de seu comparador de preços, o *Google Shopping*, em detrimento de comparadores de preços rivais. Fora do âmbito da busca orgânica, discutia-se ainda um suposto posicionamento privilegiado do *Google Shopping* nos links patrocinados, o aumento do espaço da busca patrocinada em detrimento da orgânica e um aparente intuito de confundir o usuário acerca do que seriam buscas patrocinadas e o que seriam orgânicas.

A E-commerce sustentava que, ao posicionar de forma fixa e em destaque os resultados do *Google Shopping* na exibição dos resultados das buscas realizadas pelo *Google*, a empresa levava os comparadores de preço rivais a perder audiência, clicadas e, como consequência, receita, em prejuízo ao consumidor, que estaria sujeito a preços mais elevados. A denunciante sustentava, ainda, que o formato pelo qual os resultados do *Google Shopping* eram exibidos, utilizando anúncios com imagens no modelo *Product Listing Ads* (PLAs), colocava os buscadores de preço rivais, para quem tal opção não estava disponível, em desvantagem.

No recorte de interesse ao presente trabalho, a denunciada sustentava, entre outros enquadramentos, que as alterações realizadas pelo Google na forma com que apresentava seus resultados consistiriam em inovação predatória.

O Google, por sua vez, argumentava que, no âmbito de buscas orgânicas, inexistia manipulação dos seus algoritmos que privilegiasse determinados resultados em detrimento daqueles de empresas rivais. Os algoritmos, sustentava a empresa, eram neutros. Quanto aos PLAs, o Google alegava se tratar de alteração legítima,

³⁹⁶ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 12.

³⁹⁷ Processo Administrativo nr. 08012.010483/2011-94, arquivado por maioria em 26 de junho de 2019.

cujo objetivo era oferecer aos usuários uma melhoria na qualidade dos serviços e na experiência de navegação.

Em 26 de junho de 2019, o Tribunal do CADE analisou a questão e decidiu pelo arquivamento do processo administrativo, embora por uma maioria apertada de 4 votos a 3, sob o entendimento de inexistirem indícios de que os algoritmos da busca orgânica do Google haviam sido manipulados para favorecer determinados resultados em detrimento de outros. Como resultado, a queda de mercado dos buscadores de preços rivais não teria relação com a conduta do Google. Em relação aos PLAs, a maioria dos conselheiros entendeu que a inclusão de imagens e o aumento do destaque dado pelo Google aos anúncios pagos possuíam efeitos pró e não anticompetitivos. Antes tais anúncios eram serviços gratuitos, mas, ao transformá-los em serviços pagos, os varejistas tinham um maior incentivo para mantê-los completos e acurados, e os consumidores eram beneficiados por uma maior qualidade da informação veiculada. Igualmente, os conselheiros entenderam que a inclusão de imagens nos PLAs era positiva para os consumidores, pois tornava mais fácil a eles visualizar se os resultados encontrados correspondiam ao que buscavam.

Entre os votos vencidos, destaca-se aquele do conselheiro Paulo Burnier, que entendeu pela existência de prática anticompetitiva do Google, que aumentaria os custos dos comparadores de preço rivais e poderia provocar o fechamento do mercado, com impacto sobre os incentivos à inovação e bem-estar dos consumidores. Em relação à defesa apresentada pelo Google, o conselheiro entendeu que caberia à empresa não apenas apresentar possíveis eficiências, mas demonstrar que elas sopesariam eventuais efeitos anticompetitivos, o que entendeu não ter ocorrido. Se trata, portanto, de uma modificação do critério adotado nos Estados Unidos no caso Microsoft III. Se lá tal ônus comparativo residia com o denunciante ou autor, na proposta do conselheiro Paulo Burnier ele residia com o agente cuja conduta estava sob investigação.

A regra proposta pelo conselheiro, contudo, parece equivocada. Se, como já demonstrado, há certo consenso na doutrina de que embora a inovação predatória seja possível, a integração tecnológica e os redesenhos geralmente tem justificativas eficientes, o mais lógico é que o ônus de comprovar a ilicitude, incluindo que os efeitos anticompetitivos são superiores às eficiências, resida com o autor ou denunciante.

De todo modo, o CADE não discutiu largamente a adoção de critérios para aferir se uma inovação seria ou não predatória, como vários dos exemplos norte-

americanos. Ao invés disso, seguiu seu padrão de análise habitual para condutas que não sejam ilícitos *per se*, isso é, sopesou eficiências com potenciais efeitos anticompetitivos, de forma similar ao que é a regra da razão norte-americana e ao que foi feito no caso Microsoft III. Empregou, portanto, cálculo utilitário para determinar se haveria um saldo líquido final que fosse benéfico ao consumidor³⁹⁸ e, nesse cálculo, entendeu que as eficiências advindas da conduta ultrapassavam os potenciais efeitos anticompetitivos. Sob estes termos, determinou o arquivamento do processo.

Em uma nota final, caso similar foi discutido nos Estados Unidos, pelo FTC, e na Europa, pela Comissão Europeia. Nos Estados Unidos, o FTC decidiu, da forma como depois veio a fazer o CADE no Brasil, não desafiar a conduta do Google.³⁹⁹ Já a Comissão Europeia concluiu pela existência de conduta anticompetitiva e, em 2017, multou o Google no valor 2.42 bilhões de euros.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Conforme voto do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia: “a diferença entre uma inovação pró-competitiva e uma inovação predatória se dá a partir da análise dos efeitos líquidos da prática. Contudo, em mercados de múltiplos lados, todos esses lados/agentes devem ser abarcados e ter seus impactos avaliados, sendo possível a criação de valor para alguns dos lados e de desvalor para outros, sem prejuízo de se reconhecer a licitude da conduta caso o cômputo final líquido seja positivo.” (Ibidem).

³⁹⁹ Conforme conclusão do FTC publicada em 03 de janeiro de 2013: “Em resumo, as evidências disponíveis nesse momento não suportam a alegação de que a apresentação pelo Google de seu próprio conteúdo vertical no topo da sua página de resultados foi um redesenhado de produto realizado sem uma justificativa de negócio legítima. Ao invés disso, concluímos que a exposição pelo Google de seu próprio conteúdo pode plausivelmente ser encarada como uma melhoria da qualidade geral do buscador do Google. De forma similar, não encontramos evidências suficientes de que o Google manipula seus algoritmos de busca para injustamente colocar em desvantagem sites que competem com plataformas verticais de propriedade do Google.” (Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2013/01/statement-commission-regarding-googles-search-practices>. Acesso em 19 de outubro de 2019 – tradução livre).

⁴⁰⁰ Na decisão do caso AT. 39740, que investigou práticas anticompetitivas do Google para promoção do Google Shopping, as conclusões da Comissão Europeia foram as seguintes: “a Google comete um abuso nos mercados relevantes para os serviços de pesquisa geral no EEE, ao favorecer, nas suas páginas de resultados de pesquisa geral, o posicionamento e a visualização do seu próprio serviço de comparação de preços, em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços. (...) o serviço da Google é posicionado de forma a ter maior visibilidade e não se encontra sujeito aos algoritmos específicos que propiciam a descida de posição dos serviços concorrentes de comparação de preços, nas páginas de resultados de pesquisa geral da Google. Em relação à sua visualização, a decisão explica que o serviço de comparação de preços da própria Google é apresentado com mais visibilidade, no topo ou perto do topo da primeira página de pesquisa geral, enquanto tais funcionalidades não se encontram disponíveis para os seus rivais. (...) há provas que demonstram a influência imediata do ranking dos resultados genéricos de pesquisa no motor de pesquisa Google Search sobre as taxas de clique nestes resultados de pesquisa. (...) as provas constantes do processo relativas à evolução do tráfego para o serviço de comparação de preços da Google confirmam que este serviço tem tanto mais tráfego quanto mais bem posicionado estiver e quanto maior for a sua visibilidade nas suas páginas de resultados de pesquisa geral. (...) nenhuma das fontes de tráfego alternativas atualmente acessíveis aos serviços concorrentes de comparação de preços, incluindo o tráfego proveniente da AdWords, de aplicações móveis e do tráfego direto, pode substituir de forma efetiva o tráfego de pesquisa genérica proveniente das páginas de resultados de pesquisa geral da Google”.

A decisão da Comissão Europeia traz um ponto relevante, que muitas vezes aparece no direito concorrencial europeu e que foi mencionado no capítulo 4, quando se discutiu vendas casadas: a inquirição pela existência de alternativas menos lesivas do que o comportamento adotado que tenham o condão de produzir as mesmas eficiências. Faria sentido que nessa busca se considerasse, ainda, que as alternativas menos lesivas estivessem razoavelmente disponíveis e tivessem igual custo para o agente cuja conduta está sob análise.

É interessante notar que a Comissão Europeia sugeriu, da forma como fez o conselheiro Paulo Burnier em seu voto no processo brasileiro, que caberia ao Google demonstrar que as eficiências compensavam potenciais efeitos anticompetitivos.⁴⁰¹

Estes resultados divergentes em jurisdições distintas ilustram bem a dificuldade de análise das alegadas inovações predatórias e, de forma mais geral, de supostas condutas anticompetitivas no contexto da dinamicidade da Nova Economia.

5.3 OS LIMITES DO ANTITRUSTE

Um tema recorrente ao longo do presente trabalho, e que fica evidente em termos práticos ao se analisar o corpo das principais decisões envolvendo inovação predatória nas últimas décadas, são os limites que, boas intenções à parte, sujeitam à aplicação do Antitruste e de seus remédios. O reconhecimento destes limites se torna, portanto, passo essencial à discussão de qualquer critério de análise nessa seara que se pretenda menos idealista e mais efetivo.

Em um mundo ideal, as análises entabuladas pelas autoridades administrativas e Cortes seriam sempre extensas, completas, conclusivas e acuradas. Chegariam à melhor solução para o caso concreto e proporiam remédios eficazes não apenas do ponto de vista da solução encontrada, mas também em termos de tempo para a sua administração. Para se usar um jargão caro ao Antitruste, o remédio seria sempre administrado antes do doente estar morto e a cura seria garantida.

⁴⁰¹ “A Google não forneceu provas verificáveis que demonstrem que o seu comportamento é indispensável para a obtenção de ganhos de eficiência e que não existem alternativas menos anticoncorrenciais ao seu comportamento suscetíveis de produzir os mesmos ganhos de eficiência. Também não apresenta argumentos ou provas que demonstrem que os prováveis ganhos de eficiência resultantes do seu comportamento compensam os prováveis efeitos negativos sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores nos mercados afetados.” (Ibidem).

Tal mundo, contudo, é mera ficção. Operadores do sistema judicial são confrontados com a escassez e tomam decisões imperfeitas por restrições de tempo e alocação de recursos. Essa não é uma realidade exclusiva do Brasil, embora determinadas condições possam acentuar o problema localmente, nem do Antitruste: a escassez, em todas as formas pelas quais se manifesta, é um problema que incide na administração da justiça.

Não é, porém, um problema exclusivo da administração da justiça. Tome-se como exemplo, para se utilizar uma situação que dialoga com a problemática dessa dissertação, as teorias econômicas acerca de condições estruturais conducentes à inovação, ou, ainda, sobre a realização de *trade offs* entre dimensões distintas da concorrência. No estágio atual do conhecimento, apesar de alguns aprendizados e respostas conjecturais, tais teorizações repousam sobre terreno incerto. A criação de políticas públicas se torna mais difícil. E, ainda assim, o operador do sistema de defesa da concorrência será chamado a, dentro de tal cenário, decidir um caso versando sobre uma suposta conduta anticompetitiva com um possível comprometimento da eficiência estática, mas promessas de eficiência dinâmica.

Tais dificuldades frustram e podem levar a decisões equivocadas, mas não devem implicar paralisia e sim cautela. No caso do Antitruste, deve levar a um compromisso de intervenção somente nos casos em que as evidências teóricas e empíricas apontem fortemente no sentido de que tal intervenção é socialmente desejável e apta a produzir um resultado superior àquele alcançado pelo mercado.

Não significa dizer que tais evidências devam ser completas e perfeitas – tal expectativa é irreal. Nesse sentido, nunca é demais lembrar Robert Cooter e Hans-Bernd Schäfer, para quem “alguns de nossos colegas de Direito estão desconfortáveis com conclusões feitas com base em dados imperfeitos, apesar de que eles estão muitas vezes confortáveis em concluir a partir de dados inexistentes”.⁴⁰²

Em 1984, em uma tentativa de orientar o manejo do Antitruste diante de tal problemática, Frank H. Easterbrook publicou artigo intitulado “*Os limites do Antitruste*”.⁴⁰³ A motivação do autor, na época, era discutir a dificuldade das Cortes e autoridades concorrenciais em avaliar o balanço ideal entre competição e arranjos

⁴⁰² COOTER, Robert D.; SCHAFER, Hans Bernd. **O Nó de Salomão**: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações. Curitiba: CRV, 2017. p. 44.

⁴⁰³EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, v.63, n.1, 1984.

colaborativos, os quais, por vezes, podem garantir mais rivalidade do que a própria concorrência na sua aceção neoclássica.⁴⁰⁴ Sua linha argumentativa e conclusões, contudo, são mais amplas, e podem ser facilmente transportadas para outras searas nas quais a defesa da concorrência se vê em situações de difícil solução. É o caso da inovação predatória, das questões atinentes à inovação como um todo e do balanço entre dimensões distintas da concorrência.

Na realidade da operacionalização do Direito, erros são inevitáveis. Com base nisso, Easterbrook parte da premissa de que, em termos de política antitruste, falsos negativos são melhores do que falsos positivos, o que encontra eco em boa parte da doutrina atual.⁴⁰⁵ Argumenta que se as Cortes erram ao condenar uma prática que seria benéfica, os benefícios da prática são perdidos, já que apesar das eficiências, outras empresas deixarão de trilhar o mesmo caminho em função do precedente. Por outro lado, diz que se as Cortes erram ao deixar de condenar uma infração, o falso negativo, haverá perda de bem-estar, mas essas perdas tendem a decrescer ao longo do tempo em função da tendência à erosão do poder de monopólio, ainda que de forma lenta.⁴⁰⁶ No entender de Easterbrook, “o sistema econômico corrige monopólios mais rapidamente do que corrige decisões judiciais”.⁴⁰⁷

No caso das inovações, por exemplo, significa dizer que a condenação errônea de uma inovação legítima e eficiente pode ter como efeito desincentivar o processo inventivo como um todo, o que atentaria contra o próprio objetivo de promoção do bem-estar perseguido pelo Direito da Concorrência. Privilegiar os falsos negativos nesse contexto é, claro, uma escolha política, como o é o Direito da Concorrência como um todo.⁴⁰⁸

Easterbrook continua afirmando que “o Antitruste é custoso. Os juízes agem com informação imperfeita sobre os efeitos das práticas sob análise. Os custos da

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 1-2.

⁴⁰⁵ São exemplos Joseph Sidak, Alan Devlin, Michael Jacobs e, no Brasil, Luis Fernando Schuartz.

⁴⁰⁶ EASTERBROOK, Frank H. Op cit., p. 2.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 15.

⁴⁰⁸ “(...) existem várias questões teóricas mais gerais que, até hoje, permanecem em aberto e à espera de respostas suficientemente determinadas para fins de solução dos casos concretos, que, portanto, exigem no campo da defesa da concorrência escolhas políticas que garantam as doses requeridas de segurança jurídica e decidibilidade, apesar, e, sobretudo, em virtude das incertezas do ponto de vista teórico. A natureza política destas escolhas decorre, assim, de lacunas do conhecimento (ou epistêmicas); e o seu enfrentamento requer que se supere uma ‘ilusão de certeza’ e se ponderem a aplicação dos riscos e dos erros associados às distintas alternativas de escolha, para cada tipo de conduta em princípio preocupante de uma perspectiva concorrencial.” (SCHUARTZ, Luís Fernando. Op cit., 2009, p. 40).

ação e informação são os limites do Antitruste”.⁴⁰⁹ A pergunta que o autor coloca é precisamente como endereçar estes limites. A resposta que oferece é a criação de filtros e presunções que ajudem as Cortes e autoridades concorrenciais a separar condutas pró e anticompetitivas. Com os filtros e presunções adequadas, Easterbrook esperava oferecer uma alternativa ao que ele considerava uma tradição de pouca receptibilidade do Antitruste a práticas empresariais que os juristas falham em entender, e que, como resultado, geram condenações equivocadas.⁴¹⁰

O autor propõe ao todo cinco filtros. Somente ao final de sua aplicação e não sendo possível concluir pela licitude da conduta, haveria lugar para a aplicação da regra da razão e a realização de um cálculo utilitarista de bem-estar. Tendo em vista os custos envolvidos e a dificuldade do sopesamento entre eficiências e efeitos deletérios à concorrência, colocar a regra da razão ao final é uma solução sensata, que visa evitar custos desnecessários e diminuir a chance de erros, especialmente de falsos positivos.

Entre os filtros propostos, alguns deles são, no atual estágio do desenvolvimento do Antitruste, intuitivos, como a existência de poder de mercado. Outros são questionáveis, como a identidade do autor ou denunciante, se consumidor ou concorrente, e o efeito da prática na produção e sobrevivência do agente que nela se engajou. Há, contudo, duas sugestões de filtros interessantes para a discussão a

⁴⁰⁹ EASTERBROOK, Frank H. Op cit., p. 4.

⁴¹⁰ “A tradição é que os juízes encaram cada prática de negócio com suspeita, se perguntando como as empresas a estão utilizando para lesar os consumidores. (...) Por que uma determinada prática funciona? As empresas que a empregaram podem ou não saber por que ela é tão especial. Essas empresas podem descrever o que elas fazem, mas o porquê é mais difícil. (...) A ignorância seria tolerável, não fosse o fato de que qualquer prática de negócio faz vítimas. Quanto maior o sucesso de um novo método para fazer e distribuir um produto, maior é a lesão às vítimas. Joseph Schumpeter chamava a competição de um ‘vendaval de destruição criativa’ (...). O ‘vendaval de destruição criativa’ produz vítimas antes de produzir teorias econômicas e prova do que é benéfico. O Antitruste convida essas vítimas a irem às Cortes. Elas contratam advogados que sabem menos do negócio do que as pessoas a quem eles representam. Quando o caso chega na Corte, o juiz vê em uma prática de negócio que tenha causado um antes exitoso negócio a falhar ou a ser privado de uma oportunidade rentável. (...) O juiz sabe ainda menos sobre o negócio do que os advogados. (...) Menos competidores permanecem, e menos é a definição de monopólio (ou ao menos de um oligopólio). É pouco provável que o réu tenha uma boa explicação para o seu sucesso. (...) O juiz provavelmente vai concluir ‘por que não proibir essa prática? Se for anticompetitiva, a proibição será benéfica. Se não for anticompetitiva, não vai causar dano, afinal o réu não sabe me dizer por que ela é essencial para sua eficiência.’ Argumentações desse tipo levaram a condenação – geralmente sob uma regra per se – de diversos acordos horizontais, além de vendas casadas, fixação de preços de revenda, restrições territoriais verticais, pools de patentes, e uma série de outras práticas. (...) Economistas desenvolveram explicações pró-competitivas para todas elas. (...) Quando os acadêmicos compreenderam por que a prática havia sucedido, já era tarde demais. (...) Tarde demais no sentido de que os negócios abandonaram a justificativa recém-aberta para eles.” (Ibidem, p. 4-7).

que se propõe o presente trabalho. O primeiro deles seria a demonstração, pelo autor ou denunciante, de que as práticas da empresa ré ou denunciada são capazes de aumentar seus ganhos ao lesionar consumidores, isso é, que há um incentivo para conduta anticompetitiva. O outro é inquirir se outras empresas no segmento utilizam métodos distintos. Se sim, a competição entre os métodos deveria ser suficiente para garantir o benefício da conduta, já que de outro modo ela não sobreviveria tendo em vista a possibilidade de escolha pelo consumidor.⁴¹¹

Quanto à existência de uma correlação lógica entre o aumento dos lucros e a lesão aos consumidores, Easterbrook lembra que sem isso não há motivo para o judiciário impor uma sanção, pois as sanções impostas pelas perdas de negócio irão por si mesmas condenar a prática sob discussão. Não se trata, entende o autor, de fé na mão invisível do mercado. Os mercados apresentam falhas, não conseguem endereçar por si próprios qualquer conduta indesejável, e, mesmo quando o fazem, podem levar tempo para corrigir a distorção. O ponto, dirá Easterbrook, “não é que as perdas de negócio penalizam perfeitamente os erros, mas que elas fazem isso melhor do que a próxima melhor alternativa [a intervenção judicial]”.⁴¹²

Quanto à competição entre métodos distintos de outros fabricantes, se apesar da posição dominante inexistir *lock in*, a existência de tal diferenciação demonstra que os consumidores têm escolha.⁴¹³ Nesse sentido, Alan Devlin e Michael Jacobs dirão que “é a eliminação, e não a redução da escolha do consumidor, que deveria ser um pré-requisito da violação antitruste”.⁴¹⁴ Como discutido nos capítulos 2 e 4, embora a escolha seja um elemento relevante ao Antitruste, ela eventualmente pode ser restringida em alguma medida em prol de outras eficiências, como preços mais baixos, maior qualidade de produto ou inovação.

Tais filtros são meros indicativos de um possível caminho, podendo ser mais ou menos pertinentes a depender da conduta sob análise e de outras particularidades do contexto em que se inserem. O ponto principal das ideias de Easterbrook é que há limitações na aplicação do Direito da Concorrência, e essas limitações devem ser consideradas para que não se atente contra os próprios objetivos da política

⁴¹¹ Ibidem, p. 17-18.

⁴¹² EASTERBROOK, Frank H. Op cit., p. 24.

⁴¹³ Ibidem, p. 31.

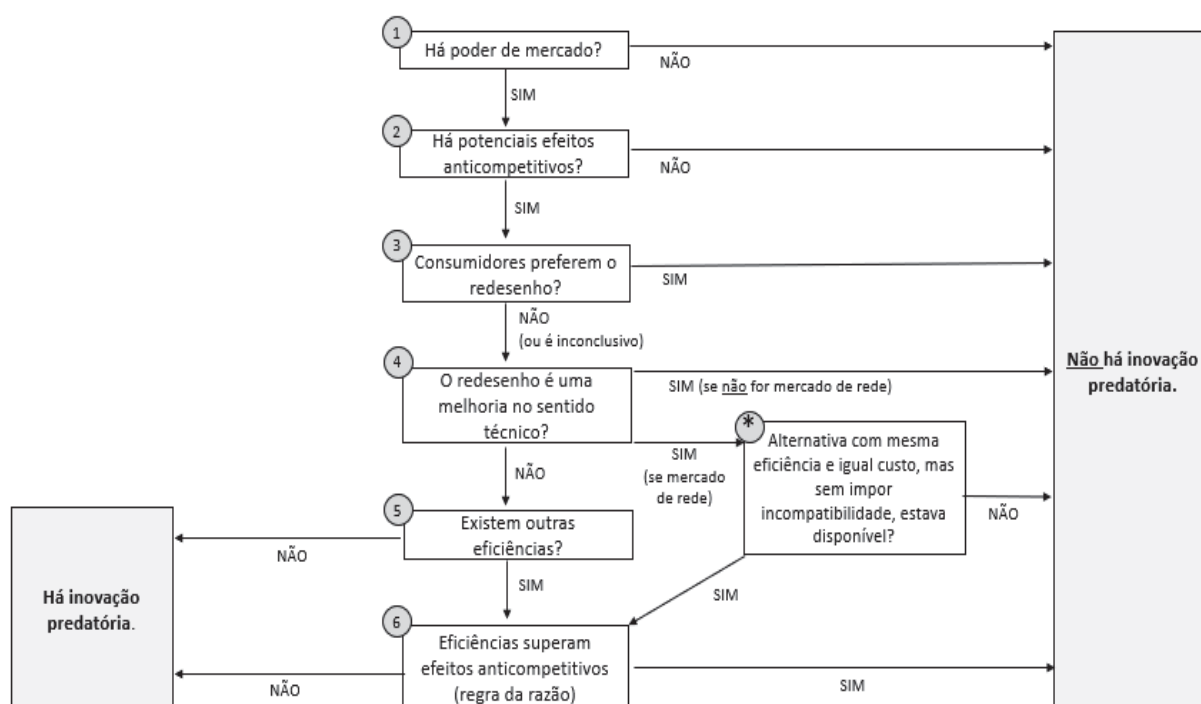
⁴¹⁴ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Op cit., 2012, p. 6.

concorrencial. Os filtros podem ser uma forma de orientação neste terreno incerto e são a forma eleita pelo presente trabalho.

5.4 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA INOVAÇÃO PREDATÓRIA

Com os limites ora discutidos em mente e uma abordagem que privilegia falsos negativos, passa-se, finalmente, a uma sugestão de critérios para a aferição da existência de inovação predatória a partir da teoria econômica, doutrina e precedentes analisados até aqui.

Os critérios e o esquema de análise proposto estão indicados na FIGURA 1 a seguir. A ordem importa, e a investigação só deve seguir para a etapa seguinte vencida e a depender da resposta à etapa anterior.



FLUXOGRAMA 1 – Proposta de esquema de análise para a inovação predatória

Cada um dos critérios propostos, bem como a escolha em deixar determinados filtros de fora da análise, é assim justificado:

a) **O poder de mercado é essencial:** como em qualquer prática anticompetitiva que não seja ilícita *per se*, a existência de poder de mercado é condição *sine qua non* para que da conduta do agente possam advir efeitos anticompetitivos. Uma empresa sem poder de mercado que tente adotar práticas

anticompetitivas será disciplinada pelo próprio mercado. Seus rivais oferecerão melhores barganhas ao consumidor, que, por sua vez, fará uso da sua liberdade de escolha para migrar para o produto ou serviço do competidor. O poder de mercado deve ser, portanto, o primeiro filtro dos casos de inovação predatória. Ausente o poder de mercado, inexistente conduta anticompetitiva.

b) **Sem efeitos, não há predação:** trata-se de um critério autoexplicativo. Ao autor da ação ou denunciante cabe o ônus de comprovar efeitos anticompetitivos reais ou potenciais decorrentes da integração tecnologia ou do redesenho que criou incompatibilidade.

c) **A intenção não importa:** a competição acirrada pode fazer tantas vítimas quanto a conduta exclusionária, e ambas podem ter aparência similar. A competição acirrada, contudo, é promovida, ao passo que a conduta exclusionária é reprimida. O Antitruste tem a difícil tarefa de distingui-las, mas a intenção de excluir não é um critério adequado para tanto. O desejo de prevalecer sobre os rivais e deles tomar fatias do mercado, ou até mesmo todo o mercado se possível, é uma realidade de qualquer negócio, e não implica necessariamente na existência de ilícito. Inquirir acerca da intenção do agente que redesenha um produto ou o integra tecnologicamente a outro é um exercício fútil, apto a encontrar culpados em qualquer memorando interno no qual esteja expresso o desejo de vencer a concorrência. Por esse motivo, a intenção não está dentro dos critérios de análise ora propostos.

d) **Se a escolha for possível, o consumidor é o melhor árbitro:** em um ambiente no qual, ainda que com determinado nível de restrição, a escolha pelos consumidores seja possível e não excessivamente custosa, esse grupo será o melhor árbitro a respeito dos méritos de uma inovação, independentemente da existência de efetiva melhoria técnica. Após a existência de poder de mercado, a escolha do consumidor deve ser, portanto, o segundo filtro empregado para determinar a licitude de uma inovação. Se os consumidores demonstrarem preferência pelo novo produto, a inovação é lícita. A preferência dos consumidores pode ser demonstrada por um aumento nas vendas do produto após o redesenho, se as causas não puderem ser conectadas a outro evento, ou, ainda, a partir da realização de uma pesquisa de mercado estatisticamente relevante, cujos resultados indiquem tal preferência.

e) **Há espaço para se discutir melhoria, mas é irrelevante se a inovação é marginal ou substancial:** Se não houver possibilidade de escolha pelo consumidor ou se a investigação a respeito da escolha apontar para uma rejeição do

produto ou for inconclusa, o próximo filtro a ser empregado é o da existência de efetiva melhoria do produto. Tal filtro é necessário para, ausente um critério de intenção, não se condenar inovações legítimas, mas que por inúmeros motivos foram rejeitadas pelo público. Os insucessos, afinal, fazem parte de qualquer negócio. Neste caso, o parecer de um *expert* técnico pode ajudar a confirmar que o redesenho oferece uma melhoria em relação à sua versão anterior. Não deve integrar tal avaliação, contudo, uma tentativa de se distinguir entre inovações marginais ou substanciais, com o objetivo de permitir somente às segundas passarem por tal filtro. Tal distinção, além de difícil realização, pode levar a um desincentivo a inovações marginais ou incrementais, as quais, antes de não possuir valor, constituem a maior parte das inovações realizadas, conforme exposto no capítulo 3.

f) **Direitos de propriedade intelectual não são indicativos de melhoria:** para fins de discussão concorrencial sobre inovação predatória, a existência de direitos de propriedade intelectual, como patentes concedidas pelo United States Patent and Trademark Office (USPTO) ou o INPI, não é indicativa da existência de melhoria do produto introduzido em relação ao seu antecessor. Isso porque tal melhoria comparativa em relação ao produto original e o redesenho que o sucedeu não é um critério de avaliação pelas respectivas autoridades para a concessão de direitos de propriedade intelectual, e, portanto, não serve à análise antitruste.

g) **Em mercados de rede na qual a interoperabilidade é essencial, é preciso questionar a existência de alternativas:** é o caso, por exemplo dos mercados nos quais operam as indústrias da Nova Economia, cujas condições estruturais criam dependência de todo um segmento em relação ao padrão dominante, com o qual componentes periféricos e aplicações, por exemplo, devem ser compatíveis para sobreviver. Nesse contexto, mesmo que o redesenho introduza alguma melhoria, é necessário inquirir se alternativas que produzam o mesmo efeito a um igual custo, sem, contudo, comprometer a compatibilidade, estavam disponíveis ao agente responsável pelo redesenho *ex ante*. Vale destacar que a busca por alternativas é um critério adicional sugerido somente para os mercados de rede e não para outras situações, tendo em vista suas características estruturais particulares que guardam o potencial de amplificar eventuais efeitos anticompetitivos advindos da conduta.

h) **Outras eficiências podem justificar a conduta:** é possível ao agente que integrou os produtos ou efetuou o redesenho arguir que a conduta foi motivada

por outras eficiências, como, por exemplo, a manutenção da qualidade do produto ou a redução dos custos de transação envolvidos. Nesse caso, sugere-se que tais eficiências sejam sopesadas com eventuais efeitos anticompetitivos por meio da etapa final do esquema proposto, a aplicação da regra da razão.

i) **O cálculo utilitarista de bem-estar tem seu lugar, mas somente vencidas outras etapas:** Assim como no modelo de Easterbrook, o objetivo é que etapas mais custosas e mais propensas a equívocos, como o sopesamento entre eficiências e potenciais efeitos anticompetitivos, sejam reservadas ao final, e utilizadas apenas se as etapas anteriores não oferecerem uma resposta.

No esquema proposto, há espaço para aplicação da regra da razão, mas não quando existe preferência dos consumidores ou quando a inovação apresenta melhoria, que, em um mercado de rede, não poderia ser atingida de outra forma com igual custo e com a manutenção da compatibilidade. A escolha destes dois filtros anteriores, imunes à regra da razão, se justifica de duas formas. Em primeiro lugar, em uma disciplina como o Antitruste, na qual o bem-estar do consumidor está no centro, não há motivo para se continuar uma investigação se o consumidor sinaliza que determinada situação lhe gera bem-estar. Em segundo lugar, dada a importância da inovação em termos de desenvolvimento, é preferível um critério que a privilegie a um que a desincentive, ainda que o preço a pagar sejam alguns falsos negativos.

Não se trata de um modelo perfeito e é possível que condutas cujos benefícios não superem eventuais efeitos deletérios à concorrência e, logo, ao bem-estar do consumidor, passem incólume pelos seus filtros e não sofram a repressão esperada. Contudo, esse é um risco que a aplicação direta da regra da razão, sem a realização de ponderações prévias, igualmente oferece, ainda que na direção oposta, de condenação de práticas benéficas. O resultado não poderia ser outro em função da dificuldade de se realizar *trade offs* entre a eficiência estática e dinâmica.

Se por um lado a inovação predatória desafia a concepção de inovação como algo invariavelmente positivo, por outro é inegável que a inovação é figura central ao desenvolvimento econômico e social. Os casos em que causa lesões superiores aos seus benefícios existem, mas são comparativamente raros. Tal realidade suporta a adoção de filtros que, como no modelo proposto, façam eventuais erros de julgamento penderem favoravelmente ao inovador.

Erros irão ocorrer. Na seara da inovação predatória, que a opção seja, então, antes por falsos negativos do que por falsos positivos.

6 CONCLUSÃO

Inovar importa. Mais do que beneficiar consumidores e negócios, a inovação está diretamente conectada ao crescimento econômico e ao desenvolvimento das nações. É, dirá a tradição schumpeteriana, a força motriz de todo o sistema capitalista de produção, responsável por movimentos sucessivos de ruptura e estabelecimento de novos padrões.

A forma pela qual a inovação irá impor movimento a determinados setores está conectada às restrições que a conformam, ditadas pelas instituições e seu conjunto de regras, formais e informais, derivadas do Estado, do corpo social e do arbítrio dos agentes. Dentre as principais instituições a orientar a inovação estão o mercado e o Direito. Trata-se, contudo, de uma faca de dois gumes: ao mesmo tempo em que o Direito tem o condão de promover a inovação como meio ao atingimento de um fim maior, traduzido no bem-estar e desenvolvimento, ele igualmente pode arrefecer tal fenômeno caso haja a construção e aplicação míope de determinadas normas, desatentas de seus efeitos reais. A Análise Econômica do Direito oferece ferramentas aptas a auxiliar em tal tarefa, não obstante não signifique o abandono das escolhas políticas e valorativas, indissociáveis de qualquer norma jurídica.

Quando se trata da promoção da inovação, o Antitruste e a Propriedade Intelectual desempenham papel privilegiado, ainda que o façam por mecanismos antagônicos: o estímulo à concorrência e a repressão à concentração artificial e ao abuso do poder econômico, no caso do Antitruste, e a concessão de um monopólio legal ao inventor, no caso da Propriedade Intelectual. A diferença de armas utilizadas pelo regime da concorrência e da propriedade intelectual gera tensões, usualmente superadas uma vez que se atente às finalidades que orientam a existência e aplicação destes dois ramos do Direito. É preciso lembrar, ainda, que o monopólio legal conferido por meio do regime de propriedade intelectual não só não será necessariamente conducente de um monopólio econômico, como, se o for, não confere ao seu titular imunidade antitruste.

Mais do que isso, a inovação é um importante componente da própria noção de concorrência em sua acepção hodierna. Tradicionalmente identificada como competição entre múltiplos agentes pelo menor preço, a concorrência se dá em muitas outras dimensões: custo, volume, qualidade, reputação e a inovação são outras faces deste fenômeno e, em conjunto com o preço, irão ditar o nível de rivalidade de

determinado segmento. É do reconhecimento de um componente dinâmico à concorrência, associado às múltiplas estratégias possíveis de ação e reação a serem adotadas pelos agentes econômicos na busca pela preferência do consumidor, que se origina a noção de concorrência multidimensional. Em que pese uma tendência neoschumpeteriana a afirmar a inovação como uma dimensão mais qualificada da concorrência, tal abordagem peca por, assim como a teorização neoclássica fez em relação aos preços, ser excessivamente reducionista.

Na prática, o reconhecimento da multidimensionalidade da concorrência oferece um desafio adicional ao operador do Antitruste, disciplina que se erigiu sobre as certezas ofertadas pela conformação da concorrência à sua face estática, isso é, de preços. Tal desafio surge pela tendência das distintas faces da concorrência se comportarem como grandezas inversamente proporcionais, de forma que uma operação segura do Antitruste demandaria a realização de *trade offs* para os quais inexiste hoje uma teoria econômica de base.

As dificuldades para incorporar o elemento de inovação à análise Antitruste, por vezes bastante aparentes em casos envolvendo as chamadas indústrias da Nova Economia, não devem implicar em uma paralisia do Direito, mas sim em cautela na sua aplicação. As experiências recentes com a introdução do componente de inovação nas análises de concentração de mercado oferecem um exemplo bem-sucedido, embora inacabado, de tentativa de se contornar tais dificuldades.

Em um contexto no qual se discute a importância do manejo do Direito em uma direção que promova a inovação, impõe-se a pergunta acerca de se todas as inovações seriam positivas. São várias as formas de se analisar tal pergunta, mas em uma perspectiva econômico-concorrencial, que é aquela eleita pelo presente trabalho, significa indagar se a inovação será sempre eficiente. A multidimensionalidade dos mercados sugere, a nível teórico, uma resposta negativa. A inovação predatória, a nível empírico, confirma tal resposta.

É preciso lembrar, primeiramente, que a inovação predatória, embora uma realidade, é a exceção e não a regra. A inovação é frequentemente positiva, ainda que o *trade off* exato entre distintas dimensões da concorrência seja desconhecido. Não por acaso, as duas condutas às quais a inovação predatória está relacionada, a saber, a integração tecnológica e os redesenhos que geram incompatibilidade, são espécies de um gênero mais amplo, as vendas casadas. Como tal, se aplicam à integração tecnológica e aos redesenhos as conclusões hoje atreladas às vendas

casadas, isso é, de que se trata de conduta frequentemente eficiente, com efeitos pró e não anticompetitivos.

Não obstante a incompreensão e histeria que historicamente acompanharam as vendas casadas e suas derivações, hoje o papel de tal conduta na diminuição dos custos de transação, entrada em mercados de difícil acesso, contorno do problema da marginalização dupla e manutenção da reputação e qualidade é mais bem compreendido. Há hipóteses, claro, em que tais justificativas não irão se sustentar ou serão suplantadas por efeitos anticompetitivos. Nestes raros casos, cabe ao Antitruste efetuar a repressão.

A compreensão das vendas casadas e de sua natureza geralmente eficiente é relevante ao entendimento da integração tecnológica e dos redesenhos que geram incompatibilidade, e, por extensão, da inovação predatória. Relevante, porém não suficiente. A inovação predatória e sua relação com a tecnologia e as indústrias da Nova Economia coloca em relevo elementos distantes ou secundários na disciplina tradicional das vendas casadas, tais como questões atinentes à interoperabilidade, externalidades de rede e o efeito *lock in*. O papel central ocupado por direitos de propriedade intelectual em casos de inovação predatória acentua ainda as tensões da disciplina com o Antitruste. Por fim, as próprias incertezas que acompanham a teorização econômica acerca da inovação, em especial os *trade offs* impostos pela concorrência multidimensional, se fazem sentir com força nesta análise

Não por acaso, a jurisprudência recente tem tido dificuldade em conciliar esses e outros elementos de forma satisfatória, levando frequentemente a decisões conflitantes que não só provocam insegurança jurídica, mas cujos efeitos podem levar ao arrefecimento da inovação legítima, um resultado que perversamente leva o Antitruste a atentar contra seus próprios objetivos.

Nesse contexto, o reconhecimento dos limites do Antitruste, que em larga medida são também limitações da teoria econômica que o embasa, e de seus operadores obriga as Cortes e autoridades administrativas a confrontar a realidade de que erros são inescapáveis. Torna-se imperativo decidir se serão preferíveis absolvições ou condenações errôneas, bem como adotar mecanismos que mitiguem tais erros e orientem o manejo da matéria concorrencial.

Pender para falsos negativos é preferível à existência de falsos positivos para um Antitruste que deseje ser um instrumento de promoção de competição vigorosa entre os agentes econômicos, rivalidade essa que toca diretamente o incentivo à

inovação. O mercado costuma endereçar por si próprio inovações nas quais o consumidor não vê valor, e a maior parte das inovações causa lesões aos rivais porque os consumidores têm preferência pela novidade. Isso é eficiência, que favorece o consumidor ao passo em que licita e invariavelmente prejudica rivais. Não cabe ao Antitruste cuidar de tais baixas.

No que se refere à adoção de mecanismos orientativos, a existência de filtros de análise pode auxiliar o trabalho do jurista ao abordar um fenômeno complexo como a inovação predatória.

Dentre os filtros propostos a partir de uma análise da jurisprudência norte-americana e do único caso brasileiro julgado a versar sobre o tema, tem-se que, inexistente poder de mercado, potenciais efeitos anticompetitivos ou havendo preferência do consumidor, não há que se falar em inovação predatória. Caso não haja a preferência dos consumidores ou inexistindo evidências determinantes neste sentido, deve-se analisar se a inovação representa uma melhoria em relação ao produto anterior, ainda que incremental. Se sim, novamente, não há que se falar em inovação predatória, embora em mercados de rede deva-se ainda indagar acerca da existência de alternativas aptas a produzir o mesmo efeito a igual custo, sem impor incompatibilidade. Somente superados estes filtros e não sendo possível concluir pela inexistência de inovação predatória é que se deve passar para uma análise pela regra da razão, que identifique a existência de eventuais eficiências e as sopesse com potenciais efeitos anticompetitivos. No esquema de análise proposto, a intenção do agente sempre será irrelevante, bem como a existência de direitos de propriedade intelectual ou a extensão e qualidade da inovação.

O modelo de filtros ajuda a endereçar as limitações encontradas na operacionalização do Antitruste, mas não é a prova de erros. A proposta ora apresentada para dar conta das inovações predatórias, inclusive, foi propositalmente construída para privilegiar falsos negativos na hipótese de tais erros se materializaram — e diante da inevitabilidade de que eventualmente ocorram. Novamente, esse é um risco ao qual se está igualmente sujeito na aplicação direta da regra da razão, mas neste outro caso a tendência é que se erre na direção de falsos positivos, o que não é desejável.

Nesse sentido, os filtros servem para corrigir o fiel da balança em uma direção mais alinhada com os objetivos aos quais o Antitruste, na sua conformação dada pelo Estado brasileiro, se presta a perseguir.

REFERÊNCIAS

AGHION, Philippe; BLOOM, Nick; BLUNDELL, Richard; GRIFFITH, Rachel; HOWITT, Peter. Competition and Innovation: an inverted U relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 120, n. 2, 2005.

AREEDA, Philip; TURNER, Donald. F. Pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 4, 1975.

ARROW, Kenneth J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. **National Bureau of Economic Research**. The rate and direction of inventive activity: economic and social factor. Princeton: Princeton University Press, 1962.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (ABAPI). **Propriedade Industrial no Brasil: 50 anos de história**. 1998. Disponível em <http://www.abapi.org.br/abapi2014/livros/abapi50anos0.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2019.

AVELÃS NUNES, António José. **Uma introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direito e Economia no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BADIN, Arthur. Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 5, 2005.

BAER, Werner. **A industrialização e o desenvolvimento econômico do Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs Arrow: how Antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal**, v.74, 2007.

BANCO MUNDIAL. **Innovation Policy**: A Guide for Developing Countries. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2460>. Acesso em 18 de maio de 2019.

BARBER, William J. **Uma história do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

BARBOSA, Claudio R. **Propriedade intelectual**: introdução à propriedade intelectual como informação. São Paulo: Elsevier, 2009.

BARBOSA, DENIS BORGES. **A proteção do software**. 2001. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/77.doc>. Acesso em 11 de julho de 2019.

———. A Criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual: o caso sul-americano. In: **Centre for Trade and International Development**, 2005. Disponível em: <https://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Barbosa%20FINAL%20formatado.pdf>. Acesso em 11 de julho 2019.

———. **Why Intellectual Property may create competition problems**. 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1006085. Acesso em 12 de julho de 2019.

———. A proteção dos mercados secundários no direito da propriedade intelectual no Brasil. **Revista Eletrônica do IBPI**. Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição especial, 2010. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-revel-especial-sobre-a-questao-das-pecas-de-reposicao-must-match>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

———. **Tratado da propriedade intelectual: Tomo II – Patentes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BAR-GILL, Oren. Bundling and Consumer Misperception. **The University of Chicago Law Review**, vol. 73, n.1, 2006.

BARNETT, Thomas O. **The Gales of Creative Destruction: the need for clear and objective standards for enforcing section 2 of the Sherman Act**. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/gales-creative-destruction-need-clear-and-objective-standards-enforcing-section-2-sherman>. Acesso em 09 de junho de 2019.

BESSEN, Stanley M.; FARELL, Joseph. Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization. **The Journal of Economic Perspective**, vol. 8, nr 2, 1994.

BODART, Bruno. Uma análise econômica do Direito do Consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, 2017.

BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**. New York: Oxford University Press, 2012.

BOWMAN, Ward S. Tying Arrangements and the Leverage Problem. **Yale Law Journal**, vol. 67, n. 1, 1957.

BRANCHER, Paulo. **direito da concorrência e propriedade intelectual: Da inovação tecnológica ao abuso de poder**. São Paulo: Editora Singular, 2010.

BURNS, Jean Wegman. The New Role of Coercion in Antitrust. **Fordham Law Review**, vol. 60, n. 3.

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Defesa da Concorrência no Brasil – 50 anos**. 2013. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf. Acesso em 07 de julho de 2019.

———. **Indicadores da Concorrência**. 2014. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-n-01-2014-indicadores-de-concorrenca.pdf>.

Acesso em 09 de junho de 2019.

COOTER, Robert D. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Orgs.). **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

———. ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

———. SCHAFER, Hans Bernd. **O Nó de Salomão**: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações. Curitiba: CRV, 2017.

CRANE, Daniel A. Mixed Bundling, Profit Sacrifice and Consumer Welfare. **Emory Law Journal**, n. 54, 2006.

CRASWELL, Richard. Tying Requirements in Competitive Markets: The consumer protection issues. **Boston University Law Review**, vol. 62, n.3, 1982.

———. Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships. **Stanford Law Review**, vol. 43, 1991.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, 2009.

DEMETERCO NETO, Antenor de Figueiredo; STRUECKER, Fernando Almeida. Teoria da Captura. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinícius (Orgs.). **Análise Econômica do Direito**: Justiça e Desenvolvimento. Curitiba: Editora CRV, 2016.

DEMSETZ, Harold. **100 Years of Antitrust: should we celebrate?** Brent T. Upson Memorial Lecture, George Mason University School of Law, 1991.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Anticompetitive innovation and the quality of invention. **Berkley Technology Law Journal**, vol. 27, n.1, 2012.

DILorenzo, Thomas J. The origins of Antitrust: an interest-group perspective. **International Review of Law and Economics**, 1985, vol. 5, n. 1.

EASTERBROOK, Frank H. Predatory Strategies and Counterstrategies. **University of Chicago Law Review**, vol. 48, 1981.

———. The Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, v.63, n.1, 1984.

———. On identifying exclusionary conduct. **Notre Dame Law Review**, vol. 61, 1986.

EISENBERG, Rebecca; HELLER, Michael A. Can patents deter innovation? The anti-commons in biomedical research. **Science**, vol 280, 1998.

EUROPEAN COMMISSION. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>. Acesso em 16 de junho de 2019.

———. **Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0427%2801%29>. Acesso em 20 de julho de 2019.

EVANS, David S.; PADILLA, A. Jorge; ALBORHN, Christian. The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality. **Antitrust Bulletin**, v. 49, 2004.

———. SALINGER, Michael. Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law. **Yale Journal on Regulation**, vol. 22, n. 1, 2005.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **To Promote Innovation**: the proper balance of competition and patent law and policy. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2019.

FELDMAN, Robin. Defensive Leveraging in Antitrust. **Georgetown Law Journal**, vol. 87, n. 1, 1999.

FORBES. **America's Top 50 Company 1917-2017**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jeffkauflin/2017/09/19/americas-top-50-companies-1917-2017/#5e48cb1b1629>. Acesso em 03 de julho de 2019.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, n. 130, 2003

———. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GILBERT, Richard. Looking for Mr Schumpeter: Where are we in the competition-innovation debate? In: /JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs.). **Innovation policy and the economy**, v. 6. Cambridge: The MIT Press, 2005.

GAVIL, Andrew I.; FIRST, Harry. **The Microsoft Antitrust Cases**: competition policy for the twenty-first century. Cambridge: The MIT Press, 2014.

GILBERT, Richard J.; NEWBERRY, David M. G. Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly. **The American Economic Review**, vol. 72, n. 3, 1982.

———. SUNSHINE, Steven C. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, vol. 63, n. 2, 1995.

GLEKLEN, Jonathan I. The ISO litigation legacy of Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services: twenty years and not much to show for it. **Antitrust**, vol. 27, n.1, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU-KUNTZ, Karin. Ainda sobre a questão das peças de reposição. **Revista Eletrônica do IBPI**. Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição especial, 2010. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-revel-especial-sobre-a-questao-das-pecas-de-reposicao-must-match>. Acesso em 1º de setembro de 2019.

GRIMES, Warren S. Tying: requirements ties, efficiency and innovation. **Statement before the Federal Trade Commission**, 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/tying-requirements-ties-efficiency-and-innovation>. Acesso em 1º de setembro de 2019.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, vol 162, 1968.

HAYEK, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

HEINER, David A. Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration. **University of Chicago Law Review**, vol. 72, n. 1, 2005.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia (Orgs.). **Direito, inovação e tecnologia**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2008a.

———. The Intellectual Property-Antitrust Interface. **University of Iowa Legal Studies**, n. 46, 2008b.

———. **Federal Antitrust Policy**: The law of competition and its practice. 4^a edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011.

IANSTITI, Marco; RICHARDS, Gregory L. Assimilation, Specialization and the Technology Life Cycle. MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011.

IRTI, NATALINO. **L'ordini giuridico del mercato**. 4^a edição. Roma: Editori Laterza, 2003.

JACOBSON, Jonathan; SHEV, Scott; HOLMAN, Edward. Predatory Innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the context of Section 2 jurisprudence. **Loyola Consumer Law Review**, vol. 23, n. 1, 2010.

KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard. "Schumpeterian" competition and Antitrust policy in high-tech markets. **Competition**, v.14, 2005.

———. Merger Policy and Innovation: must enforcement change to account for technological change? In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs). **Innovation policy and the economy**, v. 6. Cambridge: The MIT Press, 2005.

KURZWEIL, Ray. **A singularidade está próxima**. Edição de Kindle. São Paulo: Itaú Cultural e Editora Iluminuras, 2018.

LEMANOWICZ, Marzena. Innovation in Economic Theory and the Development of Economic Thought. **Oeconomia**, vol. 14, n. 4, 2015.

LIEBOWITZ, Stan J. Tie-in Sales, Risk Reduction and Price Discrimination. **Economic Inquiry**, vol. 21, n. 3, 1983.

———. MARGOLIS, Stephen E. Bundling and unbundling in new technology markets. MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Org.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 10, 2007.

———. **Propriedade intelectual e direito da concorrência**: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MEESE, Alan J. Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?. **Antitrust Bulletin**, vol. 44, 1999.

MENEGATTI, André Luis. *Pools* de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 1, 2013.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS. **Agenda Brasileira para a Indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/>. Acesso em 23 de junho de 2019.

NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol 84, n.3, 1994.

———. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018

OETTINGER, Nicholas. In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, **Berkley Technology Law Journal**, vol. 16, n. 1, 2001.

ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert. D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. **Yale Law Journal**, vol. 91, 1981.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Break-through Innovation and Economic Performance**. Disponível em:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf. Acesso em 18 de maio de 2019.

———. **World Intellectual Property Indicators 2018**. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018.pdf. Acesso em 18 de maio de 2019.

PAGE, William H. Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel. **Antitrust Law Journal**, vol. 78, 2012.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 127, n. 4, 1979.

———. Challenges of the New Economy: Issues at the intersection of Antitrust and Intellectual Property. **Antitrust Law Journal**, vol. 68, 2001.

POSNER, Richard A. **Antitrust in the New Economy**. John M. Olin Program in Law and Economics working paper n. 106, 2000. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/58/. Acesso em 03 de julho de 2019.

———. **Antitrust law**. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

———. Intellectual Property: the Law and Economics approach. **Journal of Economic Perspectives**, vol. 19, n. 2, 2005.

POSSAS, Mário Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, 1996.

———. FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, 1996.

PRIEST, George L. Repensando o direito da concorrência na era das indústrias de rede. **Revista do Direito Público da Economia**, n. 27. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. **Revista do IBRAC**, n. 19, 2011.

RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. **The Knockoff Economy**: how imitation sparks innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

REINGANUM, Jennifer F. Uncertain innovation and the persistence of monopoly. **The American Economic Review**, vol 73, n. 4, 1983.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados**: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SAGI, Guy. A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements. **Seattle University Law Review**, vol. 38, n.1, 2014, p. 13. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol38/iss1/2/>, Acesso em 25 de Agosto de 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

———. **Direito Concorrencial** – As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAMPAIO, Patrícia. **Direito da concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHANZENBACH, Max. Network Effects an Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses and the case of US vs Microsoft. **Stanford Technology Law Review**, vol 4, 2002.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Org). **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

SHAPIRO, Carl. Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak. **Anti-trust Law Journal**, vol. 66, n. 2, 1995.

———. Navigating the patent ticket: cross licenses, patent pools and standard setting. **Innovation Policy and the Economy**, vol. 1, 2001.

———. Antitrust, Innovation and Intellectual Property. **Testimony before the Anti-trust Modernization Commission**, 2005. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcinnovation.pdf>. Acesso em 03 de julho de 2019.

SHIEBER. Benjamin M. **Abusos do poder econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIDAK, Joseph G. Debunking Predatory Innovation. **Columbia Law Review**, vol. 83, n. 5, 1983.

SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Desenho industrial**: abuso de direito no mercado de reposição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. **Revista Eletrônica do IBPI**. Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição especial, 2010. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-revel-especial-sobre-a-questao-das-pecas-de-reposicao-must-match>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SPULBER, Daniel. Unlocking technology. In: MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011.

SULLIVAN, Lawrence A. Is competition Possible in High Tech Markets?. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 52, n. 1, 2001.

———. GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust**: an integrated handbook. 2ª edição. St. Paul: Thomson/West, 2006.

TEECE, David J. Favoring dynamic over static competition: implications for Antitrust analysis and policy. In: MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D (Org.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011.

UNIVERSIDADE DE CORNELL. IANSED. OMPI. **The Global Innovation Index 2018**. Disponível em: <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2018-report#>. Acesso em 19 de julho de 2019

U.S CONGRESS. ANTITRUST MODERNIZATION COMISSION. **Antitrust Modernization Commission Report and Recommendation**, 2007. Disponível em:

https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

Acesso em 03 de julho de 2019.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. FEDERAL TRADE COMMISSION. **2010 Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2019.

———. **Antitrust guidelines for the licensing of Intellectual Property**. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>. Acesso em 23 de junho de 2019.

WACHOWICZ, Marcos. Sistema de proteção da propriedade intelectual: os impasses para a promoção do desenvolvimento e da inovação. **Revista Jurídica do Cesuca**, vol. 1, n. 1, 2013.

WEISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para países em desenvolvimento**. São Paulo, Aduaneiras, 2006.

WHINSTON, Michael D. Tying, Foreclosure and Exclusion. **The American Economic Review**, v. 80, n.4, 837-859, 1991.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

WRIGHT, Joshua D. Antitrust, multidimensional competition and innovation: do we have an Antitrust-relevant theory of competition right now? In: MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D (Orgs.). **Competition policy and patent law under uncertainty**. New York: Cambridge University Press, 2011.